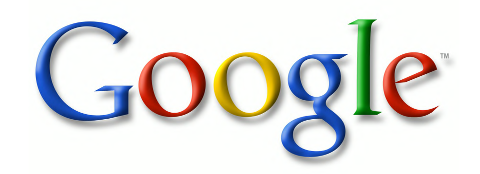



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG ·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS




SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG ·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Abhandlungen

aus dem

Römischen Civilprocess

von

Dr. J. Baron
ordentlichem Professor an der Universität Bern.

III.

Der Denuntiationsprocess.

BERLIN.
Verlag von Leonhard Simion.
1887.

Der

Denuntiationsprocess

von

Dr. J. Baron
ordentlichem Professor an der Universität Bern.

BERLIN.
Verlag von Leonhard Simion.
1887.

Inhaltsverzeichniss.

Seiten

§ 1. Uebersicht.

In der nachstehenden Abhandlung war ich bestrebt, eine Materie ins Klare zu stellen, welche nach dem Stande der gegenwärtigen Literatur des Römischen Processes nicht bloss zu seinen dunkelsten Theilen gehört, sondern auch den bisherigen Schriftstellern (angeblich wegen der Beschaffenheit unserer Rechtsbücher) als ein unzugängliches Gebiet erscheint. In den Vordergrund der ersten Hälfte meiner Untersuchungen tritt die Persönlichkeit oder die Regierung des Kaisers Marc Aurel [1]), von welchem Capitolinus c. 10 die von den Romanisten lange nicht genug beachteten Worte berichtet: iudiciariae rei singularem diligentiam adhibuit. Die Ladungsform der Denuntiation existirte auch vor seiner Zeit; er aber hat diese Ladungsform zum Ausgangspunkte einer neuen Processart gemacht: des Denuntiationsprocesses, und er hat diese neue Processart in zwei Formen entwickelt: als contradictorischen Process mit zweiseitiger Verhandlung und als Contumacialprocess mit einseitiger Verhandlung beginnend und mit dem Contumacialurtheil abschliessend; in beiden Formen hat er das Geschworeneninstitut abgeschafft. Wenn nun einerseits nach den Ergebnissen der neueren Forschungen das Formularverfahren sich eng an das Legis-

[1]) Als Gesetzgeber im materiellen Recht ist Marc Aurel gewürdigt worden von Rénan, Marc-Aurèle, chap. 2, p. 22—31. Das Material ist zusammengestellt in Haenel, corpus legum p. 114—132.

actionenverfahren angeschlossen hat, und wenn andererseits nach meinen Untersuchungen der Denuntiationsprocess als ein Gegensatz des Formularprocesses erscheint, so glaube ich Marc Aurel als den grössten Processreformator der Römer bezeichnen zu dürfen.

Der Denuntiationsprocess ist zuerst in Concurrenz mit dem Formularprocess, hierauf aber denselben thatsächlich verdrängend [1]) bis über die zweite Hälfte des vierten Jahrhunderts hinaus unverändert in Anwendung gewesen. Dann beginnt die allmähliche Auflösung des contradictorischen Denuntiationsprocesses und zwar auf doppeltem Wege. Zuerst wurde in der Zeit von 371 bis 409 eine Reihe von Sachen, deren Anzahl immer zunimmt, dem contradictorischen Denuntiationsprocess entzogen, sodann wurden etwa seit 450 (also nach der Publication des Theodosischen Codex) die bedeutendsten Processgrundsätze des contradictorischen Denuntiationsprocesses (die Ladungsform und die Beweisfrist) beseitigt; der Justinianische contradictorische Process ist nicht mehr Denuntiationsprocess, wenngleich er noch zwei Stücke desselben enthält (die Nichtzuziehung von Geschworenen und die Bestimmung des ersten Verhandlungstermins). Hingegen der contumaciale Denuntiationsprocess ist, abgesehen von der Ladungsform, noch zu Justinians Zeit derselbe, wie ihn Marc Aurel geschaffen hat.

[1]) Dass die l. 1 C. de form. 2, 57 a. d. Jahre 342 nur die letzten Ueberreste der Formeln unterdrückt hat, ist unbestritten.

I. Der contradictorische Denuntiationsprocess (seit Marc Aurel).

1. § 2. Der Excusationsprocess der Vormünder.

Die Einführung der Denuntiation in den Römischen Process schreibt man gewöhnlich wegen Aurelius Victor dem Kaiser Marc Aurel zu:

> de caesaribus c. 16: Legum ambigua mire distincta vadimoniorumque sollemni remoto denunciandae litis opperiendaeque ad diem commode ius introductum.

Ich lasse die zahlreichen Auffassungen der Stelle *vorläufig* bei Seite; dem der Processliteratur kundigen Leser sind sie unzweifelhaft bekannt, und ich werde sie später behandeln (§ 9).

Dahingegen hat man bisher übersehen, dass die ausführlichsten und klarsten Zeugnisse über die Denuntiation aus der klassischen Zeit mit einer anderen Neuerung desselben Marc Aurels in Verbindung stehen[1]. Der Excusationsprocess der Vormünder nämlich hat durch Marc Aurel eine völlig neue Gestaltung erhalten, und gerade von diesem neuen Processverfahren handeln die vatikanischen Fragmente in ihren die Denuntiation

---

[1]) Ich bitte den Leser zu beachten, dass ich bloss die *Zeugnisse* der einen und anderen Neuerung in Verbindung bringe, nicht hingegen die beiden Neuerungen selbst.

betreffenden Stellen. Man darf erwarten, dass eine genaue Untersuchung des neuen Excusationsprocesses auch Aufschluss über Wesen, Arten, Details der Denuntiation geben wird.

Der desfallsigen Erörterung schicke ich mehrere Einzelbemerkungen voraus, die unter einander in keinem Zusammenhang stehen, und die insgesammt für die spätere Darstellung wichtig sind.

1. Das Excusationsverfahren ist ein wahrer Process; es gilt dieser Ausspruch nicht bloss von der Excusation der Vormünder, sondern weiter von jeder excusatio muneris; in beiden Fällen wird deshalb das Verfahren wiederholentlich lis genannt [1]), die Antwort des Gegners heisst contradictio [2]), die Parteien adversarii [3]), es ist eine contradictorische Verhandlung vorgeschrieben [4]), und es wird die Pflicht zum Ersatz der Processkosten, welche schon in classischer Zeit jedenfalls bei Cognitionssachen galt [5]), auch auf unser Excusationsverfahren angewendet [6]). — Diese Auffassung des Excusationsverfahrens als eines Processes ist keineswegs eine neue, mir eigenthümliche; sie wird in aller Bestimmtheit von Glück und von Rudorff vorgetragen [7]), und ich berufe mich auf diese Schriftsteller in dem Sinne, wie Römische Juristen gern einen Gewährsmann für ihre Ansicht anführen, nämlich um auf den Leser mit um so

---

1) l. 1 § 1 D. de vac. 50, 5: l. 14 § 1 C. de exc. 5, 62; l. un. C. de sumt. recup. 10, 69.

2) l. 39 D. de exc. 27, 1.

3) fr. Vat. 156 (. . . adversario, id est ei qui eum petit); l. 1 § 1 D. de vac. 50, 5.

4) l. 1 C. si fals. alleg. 5, 63; cf. l. 37 D. de exc. 27, 1.

5) l. 79 pr. D. de iud. 5, 1; l. 78 § 2 D. de leg. 2 (31).

6) l. 1 § 1 D. de vacat. 50, 5; l. 14 § 1 C. de excus. 5, 62; l. un. C. de sumt. recup. 10, 69.

7) Glück Comm. 32, 76 f.; Rudorff Vormundschaft 2, 185.

grösserer Autorität einzuwirken. Ich sehe in den desfallsigen Bestimmungen des Römischen Rechts eine treffliche Gewähr gegen Regellosigkeit und Willkür. Wie sehr freilich die Verhandlung der Excusation in den gerichtlichen Processformen den bisherigen deutschen Anschauungen widerspricht, das beweist einerseits die Preussische Gerichtsordnung von 1793 Tit. 39 § 3, welche eine rein einseitige Vernehmung des Excusanten durch das Gericht dem richterlichen Decret vorangehen lässt, andererseits die Darstellung in Thibaut's Pandecten [1]), wonach die Ausführung der Excusation „unter Zuziehung der Verwandten des Pupillen und des Curanden selbst geschehen muss.“

2. Der Anspruch des Excusanten, der in dem Process verhandelt wird, ist zu formuliren als Recht auf Befreiung von der übertragenen Vormundschaft. Das Recht ist an eine Frist (für die in Rom und im hundertmeiligen Umkreise Wohnenden fünfzig Tage, für Andere eine von der Entfernung abhängige Frist) gebunden [2]). Sie wird durch eine Einrede geltend gemacht [3]), und daher heisst es wiederholentlich in den Quellen praescriptio quinquaginta dierum, praescriptionis tempora [4]). Dass nun binnen dieser fünfzig Tage die Denuntiation der Excusation vorzunehmen ist, gehört nicht zum Wesen des Denuntiationsprocesses, sondern ist eine Bestimmung des Vormundschaftsrechts und in anderen Processen, die mit Denuntiation eingeleitet werden, nicht zu beobachten.

3. Ist das Verfahren ein verschiedenes, je nachdem es sich um Excusation im engeren Sinne oder um No-

---

[1]) 8. Aufl. § 407.

[2]) fr. Vat. 155; l. 13 §§ 1. 2 D. de exc. 27, 1.

[3]) Ueber den weiten Gebrauch des Wortes praescribere vgl. l. 1 § 10 D. quando app. 49, 4.

[4]) Vat. fr. 156. 166; cf. l. 3 C. de exc. 5, 62.

mination handelt? Rudorff behauptet dies[1]) und construirt einen „ganz andern Gang des Verfahrens" bei der Nomination als bei der Excusation. Jedoch ergiebt sich das Unrichtige seiner Meinung sofort bei der ersten „abweichenden Eigenthümlichkeit", die er dem Nominationsprocess vindicirt: „der Vormund muss zuvörderst die Vorladung des von ihm vorgeschlagenen Potior auswirken"; denn ganz dasselbe gilt auch vom Excusationsprocess:

> fr. Vat. 156 . . . itaque ubi sciet, ne praescriptione quinquaginta dierum excludatur, si sint sessiones vel pro tribunali vel de plano, adversario id est ei, qui eum petit, *denuntiare debet* et adire praetorem et titulum *excusationis suae* apud eum expromere . . .

Denn dass denuntiare laden heisst[2]), wird mit Rücksicht auf das gleichzeitig vorgeschriebene Anrufen des Prätor füglich nicht bestritten werden. — Als zweite Differenz zwischen Excusations- und Nominationsverfahren führt Rudorff an, dass bei ersterem die Fatalien „der Rechtfertigung"[3]) vier Monat betragen, bei letzterem nicht. Nur Schade, dass das Zeugniss, worauf er sich beruft, die vier Monate gerade für den Fall der Nomination vorschreibt:

> l. 38 D. de exc. 27, 1: quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet; peragendo enim negotio *ex die*

---

[1]) Vormundschaft 2, 202.

[2]) Bethmann-Hollweg Bd. 2 S. 771 ff. sieht nämlich in Denuntiiren eine blosse Privatmittheilung, eine blosse Vorbereitung der richterlichen Ladung. Aehnlich Zimmern, Civilpr. § 117 für die Zeit vor Marc Aurel.

[3]) Dass es sich nicht bloss um Rechtfertigung, sondern um den Beweis handelt, darüber s. §§ 4. 5; überdies bildet dies einen bedeutenden Theil meiner Abhandlung.

nominationis continui quatuor menses constituti sunt.

Ich komme auf diese Lex später (§ 4) des Genaueren zurück, unterlasse demnach an dieser Stelle die Erklärung. In der That giebt es keinen Grund zur Differenziirung von Excusations- und Nominationsverfahren; denn die Nomination ist ja nichts anderes als ein Excusationsgrund [1]), daher muss sie binnen den oben besprochenen fünfzig Tagen eingelegt werden [2]), und daher heisst es in den Quellen, dass, wer eine begründete Nomination vorbringt, zu *excusiren* ist:

> fr. Vat. 157: Tunc demum *excusandus* est, qui prius datus fuerat, si is, *quem nominaverit,* et potior necessitudine et idoneus re fideque nec absens deprehendatur.

Der einzige Unterschied zwischen Excusations- und Nominationsprocess betrifft die Person des Beklagten; im ersteren ist es derjenige, welcher den Excusanten erbeten hat [3]), im letzteren derjenige, welcher vom Excusanten nominirt worden ist; allein dieser Unterschied braucht keine Verschiedenheit des Verfahrens im Gefolge zu haben. — Das Interesse der vorstehenden Erörterung liegt darin, dass in den vatikanischen Fragmenten die Denuntiation bald beim Excusationsverfahren bald beim Nominationsverfahren erwähnt wird; gestützt auf den obigen Nachweis der Gleichartigkeit der beiden Fälle werde ich diese Zeugnisse ohne Unterschied des Falles als gleichwerthig behandeln.

---

[1]) Buchholtz in Excurs. II. ad Vat. fr. p. 332 sq. Bethmann-Hollweg Bd. 2 S. 772 Text zu N. 83.

[2]) fr. Vat. 164.

[3]) fr. Vat. 156.

2. § 3. Die denuntiatio suo nomine nach den vaticanischen Fragmenten.

Die Excusation und ihre Unterart, die potioris nominatio, sind nicht der Vormundschaft eigenthümlich, sondern gegenüber jeder Verpflichtung zu öffentlichen Lasten und Aemtern anwendbar. Dabei ist aber hinsichtlich des Verfahrens die Zeit vor und nach Marc Aurel zu unterscheiden.

Bis Marc Aurel gilt für alle Lasten und Aemter ein und dasselbe Verfahren. Das heisst: jedem, der zu einem munus oder honor berufen wird, steht gegen das constituirende Decret das Rechtsmittel der Appellation zu[1]; die letztere unterliegt denselben Grundsätzen wie bei Processen um geldwerthe Dinge; es folgt dies daraus, dass sie innerhalb der gewöhnlichen Frist von zwei resp. drei Tagen interponirt werden muss[2] und hierauf von der höheren Instanz nach causae cognitio entschieden wird.

In der Zeit seit Marc Aurel ist das gedachte Verfahren im Allgemeinen bestehen geblieben[3]; für die Vormundschaft[4] hingegen hat eine Constitution von

---

[1] l. 1 pr. § 1 l. 10 § 3 D. de vacat. 50, 5; l. 1 § 2—§ 4 D. quando app. 49, 4; l. un. C. de vacat. 10, 46; l. 4 C. de mun. patr. 10, 42.

[2] l. 1 § 5 sqq.; l. 2 D. quando app. 49. 4.

[3] l. 1 § 2 D. quando app. 49, 4.

[4] Wenigstens bei tutela testamentaria und dativa; vgl. l. 13 pr. D. de exc. 27, 1 und l. 1 § 1 D. qu. app. 49, 4; wie es hingegen bei tutela legitima gehalten wurde, constirt nicht aus den Quellen.

Marc Aurel[1]) vor die Appellation ein Verfahren in erster Instanz gesetzt:

l. 1 § 1 D. quando app. 49, 4: si quis tutor datus fuerit vel testamento vel a quo alio, qui jus dandi habet, non oportet eum provocare (hoc enim divus Marcus effecit), sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet, et si fuerit pulsa, tunc demum appellare debebit, ceterum ante frustra appellatur.

Seitdem gilt also für den vormundschaftlichen Excusationsprocess ganz wie für den Process über geldwerthe Dinge ein Verfahren in erster und zweiter Instanz; und wenn oben (§ 2) nachgewiesen worden ist, dass jeder Excusationsprocess von den Römern als lis in den Formen des gerichtlichen Verfahrens behandelt wird, so gilt dies für den vormundschaftlichen Excusationsprocess in noch erhöhtem Masse — eben wegen des erstinstanzlichen Verfahrens.

Ueber den vormundschaftlichen Excusationsprocess werden wir nun vollauf durch die vaticanischen Fragmente unterrichtet. Mir scheint jedoch, dass dieselben bisher noch nicht genügend berücksichtigt worden sind; ich behaupte dies nicht bloss von Bethmann-Hollweg, sondern auch von Wieding, wiewohl der letztere einen bedeutenden Theil seiner Ausführungen gerade auf jene Fragmente gestützt hat (s. unten S. 16 und 19). Diese Sachlage rechtfertigt es, dass ich im Nachstehenden den Inhalt der vaticanischen Fragmente vollständig entwickle; *wir werden dabei gründlichen Aufschluss über den Denuntiationsprocess erhalten.*

Ich beginne mit dem § 156:

Formam autem ex hac constitutione datam

[1]) Vgl. noch l. 1 § 1 D. de adm. 26, 7; l, 13 § 2 l. 16 D. de exc. 27, 1.

hodie in usu ita celebrari animadvertimus, ut ex eo die incipiant quinquaginta dies enumerari, ex quo scierat se esse tutorem vel curatorem, scilicet ex eo, ex quo in notitiam eius decretum perlatum sit testato vel, si testamento datus sit, ex quo id quoquo modo scierit. Itaque ubi sciit, ne praescriptione quinquaginta dierum excludatur, si sint sessiones vel pro tribunali vel de plano, adversario id est ei, qui eum petit, denuntiare debet et adire praetorem et titulum excusationis suae apud eum expromere; si feriae sint, libellos det contestatorios.

Die im Eingang gedachte Constitution ist ohne Zweifel das Gesetz von Marc Aurel; sie schrieb vor Allem die Frist von fünfzig Tagen für Anstellung des Excusationsprocesses vor; sie schrieb ferner vor, dass diese Frist von der Kenntnis der Delation der Vormundschaft berechnet werden solle (— dies berichtet l. 6 C. de exc. 5, 62 —); im § 156 führt nun der Jurist genauer aus, dass dem von der Behörde ernannten Vormunde das Ernennungsdecret testato behändigt werden müsse, dass hingegen bei dem tutor testamentarius jede irgendwie erlangte Kenntniss genüge. Die Constitution schrieb, wie oben ausgeführt, ferner das erstinstanzliche Verfahren vor; dass sie aber in der Regelung des Verfahrens noch weiter gegangen ist, dass sie insbesondere den Denuntiationsprocess vorgeschrieben hat, das möchte geleugnet werden wegen

fr. Vat. 155: Igitur observandum deinceps erit, ut qui tutor datus sit, si quas habere se causas excusationis arbitrabitur, *adeat ex more* . . .

In den letzten Worten nämlich (adeat ex more) möchte man den Hinweis auf ein gewohnheitsrechtliches Verfahren finden, indess können sie ebensogut das „übliche, gebräuchliche Verfahren“ bedeuten, wie dies

z. B. in l. 7 C. quom. et quando 7, 43 die Bedeutung von ex more ist (s. unten § 10).

Das Angehen der Obrigkeit ist verschieden, je nachdem der Excusationsfall sich während der Sitzungszeit oder während der Ferien ereignet.

Während der Ferien genügen libelli contestatorii d. h. eine Eingabe, worin der Vormund seine Excusation schriftlich beantragt. Huschke[1]) zwar leugnet dies und versteht vielmehr darunter eine Eingabe, worin der Vormund constatirt, dass er wegen der Ferien den Magistrat nicht angehen konnte; er beruft sich hierfür auf

> l. 25 D. de exc. 27, 1: excusare se tutor per libellos non poterit.

Allein durch die Ausführungen älterer Schriftsteller (namentlich von Cujaz und Duaren[2]), die Huschke übersehen hat) ist längst festgestellt, dass der Sinn jener l. 25 bloss dahin geht, es könne der Magistrat nicht sofort und ohne causae cognitio auf den vom Vormund eingereichten Libell seine Entscheidung notiren. Auch lässt sich aus den Quellen leicht erweisen einerseits, dass der Vormund seine Excusation in einem Libell vorbringen durfte[3]), andererseits, dass gerade nach einer Constitution Marc Aurels die Excusation auch in den Ferien angebracht werden konnte[4]).

Während der Sitzungszeit muss der excusirende Vormund zweierlei vornehmen: eine Denuntiation an den Gegner und eine Erklärung vor dem Prätor.

---

[1]) In seiner iurisprud. anteiust. Anm. 6 zu Vat. fr. 166.

[2]) Cuiac. ad l. 71 D. de reg. iur. 50, 17 und ad l. 13 D. de exc. 27, 1; Duar. comm. ad t. D. de exc. (op. p. 505); Glück 32, 80—86; Rudorff Vorm. 2, 197.

[3]) l. 13 § 10 D. de exc. 27, 1; vgl. hierzu l. 11 § 6 D. ad l. Jul. de adult. 48, 5.

[4]) l. 2 D. de fer. 2, 12.

Ueber die Form dieser Denuntiation (die ich fortan nicht mit Wieding denuntiatio ex iure actoris, sondern mit Mommsen[1]) denuntiatio suo nomine nennen will) erfahren wir aus den vaticanischen Fragmenten direct nichts; aber gerade ihr Stillschweigen ist beredt; es beweist nämlich, dass sie formlos vorgenommen werden konnte; da sie aber eine Voraussetzung des späteren Verfahrens (der in § 4 darzustellenden denuntiatio ex auctoritate) ist, mithin vor Beginn des späteren Verfahrens bewiesen werden muss, so ist es begreiflich, dass sie unter Zeugenzuziehung erfolgt; es wird dies durch die Verordnung Constantins[2]) bestätigt, welcher eine privata testatio bei der Denuntiation fortan für ungenügend erklärt und das denuntiari apud provinciarum rectores vel apud eos, quibus actorum ius conficiendi est vorschreibt. Aus der oben deducirten Formlosigkeit der denunt. suo nomine folgt, dass sie nicht mit einer libelli datio verbunden war; die entgegengesetzte Behauptung von Wieding halte ich für unrichtig[3]); es lässt sich aus den vaticanischen Fragmenten nachweisen, dass die Ueberreichung des Libells erst dann erfolgte, wenn die denuntiatio ex auctoritate erbeten wurde (§ 4); aber auch in den Digesten wird die denunt. suo nomine und die libelli datio getrennt; man vergleiche:

l. 7 D. de inoff. test. 5, 2[4]): Quemadmodum

---

[1]) In der Anmerkung 3 S. 57 seiner Ausgabe der vaticanischen Fragmente. Die Mommsen'sche Bezeichnung ist der Wieding'schen deshalb vorzuziehen, weil sie den Gegensatz der beiden Denuntiationen prägnanter wiedergiebt; bei der ersten Ladung handelt der Denuntiant lediglich im eigenen Namen, zu der folgenden erhält er die Genehmigung des Prätor; als Kläger handelt er bei beiden Ladungen.

[2]) l. 2 C. Th. de denunt. 2, 4. Dieselbe wird von mir im § 15 ausführlich behandelt werden.

[3]) Ausführlich gehe ich hierauf in § 26 ein.

[4]) Diese Lex wird unten § 13 genauer behandelt werden.

praeparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus; et ponamus in potestate fuisse eum; ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit, *is si comminatus tantum accusationem fuerit vel usque ad denuntiationem vel libelli dationem praecesserit*, ad heredem suum accusationem transmittet; idque divus Pius de libelli datione et denuntiatione rescripsit . . .

Man sieht, dass der Jurist drei Schritte unterscheidet: die comminatio accusationis, die denuntiatio, die libelli datio. Auch die Reihenfolge, wie sie sich unten aus den vaticanischen Fragmenten ergeben wird, ist gewahrt: die denuntiatio geht der libelli datio voran.

Dabei meine ich nicht, dass die denuntiatio suo nomine eine blosse Aufforderung zu gerichtlichem Erscheinen ohne irgend welche Bezeichnung der streitigen Sache gewesen ist; der Unterschied zwischen der denunt. suo nomine und der (der denunt. ex auctoritate zu Grunde liegenden) datio libelli bestand m. E. darin, dass bei jener die Edition der Klage stattfand, also die streitige Sache ihrem Grunde und Gegenstande nach angegeben, bei dieser genau specificirt (substantiirt) wurde. Wenigstens lässt sich dieser Unterschied bezüglich des Antrags beim Prätor, welcher der denunt. suo nomine parallel geht, nachweisen [1]).

Neben der denunt. suo nomine findet nämlich ein

---

[1]) Dies folgt auch aus l. 5 D. de exc. rei iud. 44, 2; hiernach setzt die cautio iudicio sisti die Angabe der Streitsache voraus, die cautio iudic. sisti gehört aber zu der durch Denuntiation zu geschehenden Ladung. Siehe ferner die Denuntiation des Aebutius an Caecina unten in § 12 (homini Romae in foro denuntiat, fundum illum . . . suum esse seque sibi emisse).

gerichtlicher Act statt[1]), welcher in den vaticanischen Fragmenten 156 mit den Worten beschrieben wird:

> debet adire praetorem et titulum excusationis suae apud eum expromere.

Es ist klar, dass dieser Act die Denuntiation suo nomine über den Charakter einer Privatmittheilung heraushebt; der Denuntiat weifs, dass nicht bloss ihm die Streitsache mitgetheilt, sondern dass sie gleichzeitig bei Gericht anhängig gemacht worden ist, d. h. die Denuntiation ist eine Ladung. Es ist der Hauptfehler von Bethmann-Hollweg, dass er in der denunt. suo nomine beim Excusationsprocess nur eine private Anzeige sehen will[2]), aber auch Wieding, welcher doch den Ladungscharakter der denunt. suo nomine mit aller Entschiedenheit vertheidigt, hat es vergessen, jenen Schritt des Denuntianten beim Prätor als Argument zu benutzen; er hat ihn völlig bei Seite gelassen.

Der Schritt besteht in einem Angehen des Prätor; es war eine früher sehr bestrittene Frage, ob der Vormund persönlich erscheinen müsse oder sich eines Stellvertreters bedienen dürfe[3]); da die Quellen hierüber keine Auskunft geben, so lasse ich sie unentschieden. Ich betone, dass die Erklärung vor dem Prätor einerseits formlos war, andererseits blofs die technische Bezeichnung der Klage (hier der Excusation und ihres Grundes) enthielt. Ersteres folgt aus dem Worte ex-

---

[1]) Die beiden Acte (der gerichtliche und aussergerichtliche) sind genau zu erkennen im ersten Satz der l. 1 C. de litis cont. 3,9: res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit (gerichtlicher Act) vel actionis species ante iudicium reo cognita (aussergerichtlicher Act); s. darüber unten § 26.

[2]) Civilpr. Bd. 2 S. 771. 772. Er übersieht nämlich, dass der Excusationsprocess ein ordentlicher Process war.

[3]) S. die Litteratur bei Glück 32, 79 f.

promere, letzteres aus titulum excusationis expromere, z. B. es genügt, wenn der Vormund sich auf das ius liberorum beruft, er braucht nicht die Kinder einzeln nach Namen und Alter, nicht ihre Eigenschaft als iusti liberi anzugeben; es genügt, wenn er sich auf Krankheit, auf Alter beruft, er braucht nicht die Art und den Grad der Krankheit, nicht die Anzahl der Jahre anzugeben u. dgl. m. Dies wird bestätigt durch

l. 13 § 8 D. de exc. 27, 1: *εἰδέναι δὲ δεῖ, ὅτι οὐκ ἀπόχρη τὸ προςελθεῖν τῷ δικάζοντι, ἀλλὰ δεῖ αὐτὸν καὶ περὶ τοῦ εἴδους τῆς ἀφέσεως μαρτύρασθαι· καὶ εἰ πολλὰ ἔχει πρὸς ἄφεσιν δίκαια, πάντα ὀνομάσαι· εἰ δὲ μή, ὅμοιός ἐστι τῷ μὴ δὲ τὴν ἀρχὴν προςεληλυθότι ὁ προςελθὼν μέν, δίκαιον δὲ ἀφέσεως μὴ ὀνομάσας.*

Nur das *εἶδος ἀφέσεως* (species remissionis) mufs angegeben werden, nicht die einzelnen Thatsachen, worauf es gestützt wird.

Der § 10 derselben Lex giebt Aufschlufs über die von mir behauptete Formlosigkeit der Erklärung vor dem Prätor:

χρὴ δὲ μιᾷ μαρτύρασθαι πρὸ βήματος, ἢ ἄλλως ἐπὶ ὑπομνημάτων· δύναται δὲ καὶ βιβλίδια ἐπιδοῦναι χαμόθεν, ὡς οἱ αὐτοί φασιν αὐτοκράτορες.

Danach kann die Erklärung sowohl *πρὸ βήματος* als *ἐπὶ ὑπομνημάτων* als endlich durch *βιβλίδια* erfolgen; die erstere geschieht mündlich vor dem Prätor selbst (*πρὸ βήματος*, pro tribunali), die zweite mündlich vor denjenigen Personen, welche die Acta des Gerichts anfertigen (hypomnematographi), die dritte schriftlich durch Überreichung eines Libells. Da der excusirende Vormund zwischen den drei Arten die Wahl hat, und da namentlich die Überreichung des Libells mit *δύναται* (potest) eingeleitet wird, so rechtfertigt sich meine Behauptung, dafs seine Erklärung formlos war; ein Libell

war zwar zulässig, aber nicht nothwendig, und wenn er überreicht wurde, so brauchte er nicht in der Genauigkeit abgefaſst zu sein, wie der Libell, auf Grund dessen die denunt. ex auctoritate erfolgte.

3. § 4. Die denuntiatio ex auctoritate und der erste Verhandlungstermin nach den vaticanischen Fragmenten. Die viermonatliche Beweisfrist nach den Digesten.

Über das weitere Verfahren (d. h. dasjenige, welches auf die denuntiatio suo nomine und den parallelgehenden gerichtlichen Act folgt) giebt der § 161 der vaticanischen Fragmente Aufschluss:

> Ex ea die, ex qua quis potiorem nominavit, deinceps omnibus sessionibus adversus eum, quem nominavit, adire debet, usque dum causam finiat. Ceterum si aliquam sessionem intermiserit is, qui potiorem nominavit, praescriptione excluditur. Plane illa sessio, quae de plano celebratur, ei non computabitur.

Wieding (S. 282 ff.) hat diesen § und den damit eng zusammenhängenden § 165 nicht abdrucken lassen; in der Verdeutschung (S. 284) citirt er sie zwar, allein in der wissenschaftlichen Erörterung lässt er sie beide völlig auſser Acht. Und doch liegt gerade in diesen §§ der Schlüssel zu dem Verständniss des Verfahrens!

Der Excusant[1]) soll fortan bei Strafe des Verlusts seiner Excusation in allen hierauf folgenden sessiones pro tribunali erscheinen, bis er seinen sämmtlichen Pflichten nachgekommen ist. Aber nicht allein der

---

[1]) Ich verweise auf meine Ausführung S. 6. 7, wonach die potioris nominatio eine Art Excusation ist.

Excusant muss erscheinen, sondern auch sein Gegner, denn die denuntiatio suo nomine ist eine ächte Ladung; dies folgt daraus, dass der dem Kläger im Fall des Nichterscheinens angedrohte Processverlust durch eine praescriptio vermittelt wird (praescriptione excluditur); die praescriptio ist eine Einrede des Beklagten, welche von ihm nur dann gemacht werden kann, wenn er erschienen ist; erscheint er nicht, so trifft auch den nicht erschienenen Kläger kein Nachtheil. Welche Folgen aber treten ein, wenn bloss der Kläger erscheint, der Beklagte hingegen der denuntiatio suo nomine keine Folge giebt? Darüber geben uns die fr. Vatican. §§ 166. 167 vollen Aufschluss:

> (§ 166) Libelli ita formandi: „Cum proxime decreto tutorem me dandum existimaveris illi, quod mihi in notitiam pertulit ille illa die, nomino potiorem ut municipem supra scripti illum, Veientanum, morantem eo loco, habentem in substantia plus minus tantum.“ Si eques Romanus fuerit, qui potior nominabitur, etiam hoc comprehendi debet. Deinde fine talem clausulam addat: „rogo praetor propter praescriptionis tempora libellos accipere digneris.“ (§ 167) Si pro tribunali dabuntur, quinque, de plano quattuor dandi erunt et petendum, ut denuntietur ex auctoritate, cum denuntiaveris et non venerit. Libellos det et litteras petat.

Der § 166 enthält die Formulirung des Antrags; dabei ergiebt sich das Wesen des Libells: es muss darin der Antrag allseitig genau concipirt und die Motivirung des Excusations- resp. Nominationsgesuches speciell angegeben sein [1]). Von grösster Bedeutung ist der § 167; nachdem hier die Anzahl der zu übergeben-

[1]) Dies wird wiederholt im § 210 der fr. Vatic.

den Exemplare auf fünf resp. vier festgestellt worden ist (je nachdem die Uebergabe in einer sessio pro tribunali oder de plano geschieht[1])), wird vorgeschrieben, dass gleichzeitig mit der Uebergabe der Exemplare die denuntiatio ex auctoritate erbeten werden soll:

et petendum ut denuntietur ex auctoritate

und zwar solle diese Bitte begründet werden mit der Thatsache, dass der Implorant die denuntiatio suo nomine vorgenommen habe, der Gegner aber nicht erschienen sei:

cum denuntiaveris et non venerit.

Die Wiedingsche Ansicht, dass der denunt. ex auctoritate eine denunt. suo nomine voranzugehen habe, wird in den citirten Worten dargethan; nur irrt Wieding darin, dass er seine Behauptnng als eine ausnahmslose hinstellt; ich werde später drei Ausnahmen nachweisen (§§ 5. 12). Es ist ferner zu constatiren, dass (wie bereits oben gegen Wieding ausgeführt ist) die Noth-

---

[1]) Huschke in seiner iurisprudentia anteiustinianea und Wieding haben sich viel Mühe gegeben, den Zweck der Mehrzahl der Libelle und die Differenz zwischen der sessio pro tribunali und de plano zu erklären. Indess da alle ihre Ausführungen einerseits reine Hypothesen sind, andererseits nicht zum Verständniss unserer Materie erforderlich sind, so gehe ich darauf nicht ein. Bloss eine Bemerkung will ich hinzufügen. Beide Schriftsteller meinen, dass drei von den Exemplaren des Libells dem Prätor überreicht werden, um sie alle drei mit der auctoritas praetoris versehen zu lassen und sie hierauf dem ungehorsamen Beklagten zuzustellen. Allein wer garantirt denn, dass der Beklagte auch auf die denuntiatio ex auctoritate nicht erscheinen werde? Erschien aber der Beklagte nunmehr, so waren zwei auctoritates umsonst ertheilt, und ich glaube nicht, dass der Prätor eine Verfügung traf, welche sich sehr leicht als vergeblich erweisen konnte. Ueberdies steht in l. 68 D. de iud. 5, 1, dass der Implorant zunächst blos die erste Auctoritas und erst später die zweite erbitten darf: primo petat edictum primum, mox alterum.

wendigkeit des Libells erst bei der denunt. ex auctoritate eintritt; sie wird erbeten auf Grund der im Libell näher zu begründenden Thatsache, dass Implorant an den Gegner eine denunt. suo nomine erlassen habe, dass der Gegner aber nicht erschienen sei: libellos det et literas petat, wobei zu bemerken, dass (wie bald ausgeführt werden wird) die literae ein Schreiben des angegangenen Praetor an die örtliche Gerichtsobrigkeit, welcher der Gegner unterworfen ist, bedeutet. Die Vaticanischen Fragmente setzen nämlich den Fall, dass der Gegner des Excusanten nicht in Rom wohne, und bestimmen deshalb, dass bei der denuntiatio ex auctoritate an den Gegner die örtliche Gerichtsobrigkeit des letzteren in gewisser Weise betheiligt sein solle. In welcher Weise? das ist jetzt zu untersuchen. Es handelt davon:

> fr. Vat. § 162: Si is, qui potiorem nominavit, litteras petierit ad magistratus, ut compellant eum venire, quem potiorem nominavit, cum libellos dedit, alia die litteras accipere debet ac magistratibus reddere per dinumerationem vicenum millium passuum.

Wieding behauptet, dass in diesem § 162 sich die durch l. 2 C. Th. de denunt. 2, 4 von Constantin aus dem Jahre 322 eingeführte Denuntiationsweise widerspiegle[1]); diese Constitution schrieb die Mitwirkung einer Behörde mit ius acta conficiendi vor (s. hierüber das Genauere unten in § 15), und der praetor tutelaris in Rom habe demgemäss den Municipalmagistrat des Beklagten zur Ladung des letzteren requirirt[2]).

Ich glaube nicht, dass diese Auffassung richtig ist. Wieding hat sich selbst den Einwand gemacht,

[1]) Libellpr. S. 302.
[2]) Libellpr. S. 287.

dass das Constantinische Gesetz in das Jahr 322, hingegen die Abfassung der Vaticanischen Fragmente nach Mommsens Untersuchungen ungefähr in das Jahr 320 fällt. Allein er hält diesen Einwand dadurch widerlegt, dass (gleichfalls nach Mommsen) der Compilator im Jahre 323 eine Revision vorgenommen und bei derselben das so wichtige Gesetz von Constantin keineswegs habe übergehen können. Ich will dies als möglich zugeben; aber umsomehr muss ich betonen, dass der Styl des § 162 und des mit ihm zusammenhängenden § 163 auch nicht eine Spur von Emendation oder Interpolation aufweist; beide Paragraphen sind offenbar so gehalten, dass nur ein classischer Jurist (Ulpian in seinem liber singularis excusationum) sie vom Anfang bis zum Ende geschrieben haben kann. Dazu tritt aber als das viel bedeutendere Moment der Inhalt des prätorischen Schreibens an den Magistrat; es lautet dahin: ut *compellant* eum venire; diesen Worten wird die Wiedingsche Interpretation in keiner Weise gerecht; denn sie bedeuten nicht, dass die örtliche Gerichtsobrigkeit den Gegner laden solle (genauer: dass sie sich bei der Denuntiation des Klägers an den Beklagten in der von Constantin vorgeschriebenen Form durch Abordnung eines Officialen betheiligen solle)[1], sondern dass sie ihn zwingen solle, der denuntiatio ex auctoritate nachzukommen, durch die ihr zu Gebote stehenden Mittel: durch Verhaftung, Multirung, Pfändung[2]). Um den Officialen zu erlangen, dazu bedurfte der Kläger nach 322 keines Requisitionsschreibens des praetor tutelaris; dieser musste ihm schon auf Grund des Constantinischen

[1]) S. hierüber unten § 15; ich vertrete in dieser Beziehung dieselbe Meinung wie Wieding.

[2]) l. 1 § 3 D. de insp. ventre 25, 3; l. 2 § 1 D. si quis in uis voc. 2, 5.

Gesetzes gestellt werden; aber die Verhaftung, Multirung und Pfändung nahm ein Magistrat nur dann vor, wenn er entweder einer eigenen Verfügung Nachdruck verleihen wollte oder wenn er darum von einem andern Magistrat, der eine Verfügung erlassen, requirirt worden war.

Der Grund, weshalb der praetor tutelaris die örtliche Gerichtsobrigkeit des Beklagten um die Anwendung ihrer Zwangsmittel requirirte, war der, dass ihm im vorliegenden Falle eine Contumacialverhandlung und ein Contumacialurtheil durchaus unangemessen erschien [1]); es lag ihm nichts daran, auszusprechen, dass der Beklagte periculo suo cessare, sondern er wollte dem Mündel einen Vormund verschaffen und zu dem Zwecke mit dem Nominirten verhandeln. Vielleicht lag noch ein anderer Grund vor; aus den Worten der fr. Vat. § 155:

> . . . in ea causa fore, in qua sunt, de quibus *consules amplissimi* decreverunt periculo suo eos cessare

lässt sich nämlich schliessen, dass nicht der praetor tutelaris, sondern die Consuln zu dem Ausspruch periculo suo eum cessare competent waren; der praetor tutelaris gab also seiner Verfügung durch Multirung oder Pfändung oder Verhaftung den grössten Nachdruck, um die Sache womöglich selbst abzuschliessen, um die Translation der Sache an die Consuln womöglich überflüssig zu machen. Daher ist in diesem Abschnitt der Vaticanischen Fragmente niemals von einem Contumacial-

[1]) Wenn Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. 2 S. 772 bemerkt, dass das Contumacialverfahren *nicht denkbar* gewesen sei, so dürfte dies zu weit gegangen sein. Andererseits nimmt Wieding Libellpr. S. 301 an, dass die Vaticanischen Fragmente von einem einseitigen, der Contumacialprocedur angehörenden Beweisverfahren handeln; in dem dafür citirten § 164 sehe ich nicht den geringsten Anhalt dafür.

verfahren die Rede; die Verhandlung der Sache wird immer als eine zweiseitige gedacht, beide Parteien werden immer als erschienen vorausgesetzt.

Soweit der § 162 der Vaticanischen Fragmente. Ich wende mich zum § 163.

Das Requisitionsschreiben an den Magistrat überbringt der Kläger; es ist ihm dazu eine Frist gegeben, welche in der Weise berechnet wird, dass ihm für je zwanzig Milien ein Reisetag bewilligt wird; ich werde in § 25 nachweisen, dass diese Berechnungsweise aus dem prätorischen Edicte stammt[1]). Ohne Zweifel hat der Kläger in der gleichen Frist (— die Vaticanischen Fragmente schweigen davon —) die denuntiatio ex auctoritate dem Beklagten überbracht und er hat sich darüber (ich gehe mit Mommsen davon aus, dass der betreffende Abschnitt der Vaticanischen Fragmente von Ulpian herrührt) von zugezogenen Zeugen eine Beurkundung ausstellen lassen[2]). Hierauf muss der Kläger zweierlei thun:

1. Er muss zunächst intra diem decimum von dem Magistrat das Requisitionsschreiben zurückverlangen; dasselbe soll ihm „rescribirt" zurückgegeben werden, d. h. offenbar mit einem Zeugniss, dass er es übergeben habe; er muss nunmehr die Rückreise antreten, bei welcher ihm wiederum für je zwanzig Milien ein Tag zugebilligt wird, und er muss nach seiner Rückkehr das rescribirte Requisitionsschreiben in der nächsten sessio pro tribunali dem Prätor überreichen.

> fr. Vat. § 163: Illud curare debet, ut intra diem decimum quam litteras reddidit magistratibus rescriptas deposcat, et ubi eas acceperit, per

---

[1]) Vgl. vorläufig l. 1 D. si quis caut. 2, 11 und l. 3 D. de verb. sign. 50, 16.

[2]) Vgl. hierüber das Genauere in § 15.

dinumerationem simili modo reverti debebit, et si sessionem invenerit pro tribunali, reddere praetori, ut subnotet sua manu quod volet.

2. Ueberhaupt muss er wieder fortan in allen sessiones pro tribunali bis zur Beendigung der Sache erscheinen, sonst verliert er seine Klage:

fr. Vat. 165: Quamvis supra dixerimus eum, qui potiorem nominaverit, si aliquam sessionem intermiserit pro tribunali, praescriptione summoveri, utique verum est, si litterae non sunt impetratae; ceterum ex quo impetratae sunt in eum diem, quo reddi praetori rescriptae debent, etsi hoc medio spatio sessio fuerit, non oberit, si sessionibus non adierit, et ita in usu servatur.

Hierzu mache ich folgende Bemerkungen:

ad 1. Der § 162 handelt bloss von der Rückgabe des Requisitionsschreibens, nicht hingegen von der Vorlegung der Urkunde über die Vollziehung der denunt. ex auctoritate. Es ist dies aber ohne Zweifel eine Lücke, deren der Compilator sich schuldig gemacht hat; gleichwie er von der Ausrichtung der denunt. ex auctoritate schweigt, so schweigt er auch über die Vorlegung der darüber aufgenommenen Zeugenurkunde. Auf das zurückgebrachte Requisitionsschreiben kann der Prätor nur etwa ein „Geht zu den Acten" setzen (daher subnotet praetor sua manu quod volet) [1]; er ist zufrieden, dass sein Requisitionsschreiben übergeben ist und erwartet jetzt mit Sicherheit, dass der Beklagte erscheinen werde; bevor dieser erschienen, kann und will er nichts thun. — Eine meines Erachtens ganz

[1] Wieding Libellpr. S. 301 denkt bei diesen Worten an Zwangsmassregeln wie multae dictio und pignoris capio; indess glaube ich nicht, dass er hierfür Zustimmung finden wird.

unrichtige Interpretation haben die bisherigen Schriftsteller den Worten

> intra diem decimum, quam litteras reddidit magistratibus, rescriptas deposcat

zu Theil werden lassen. Justinian nämlich berichtet in der Nov. 53 cap. 3, dass der Beklagte nach Empfang des libellus conventionis schon von Alters her eine zehntägige Ueberlegungsfrist haben solle, innerhalb welcher er mit sich zu Rathe gehen könne, ob er das klägerische Recht anerkennen oder einen Vergleich versuchen solle, erst nach Ablauf der zehn Tage müsse er den Libell unterschreiben und die cautio iudicio sisti leisten. Hieran anknüpfend behauptet Wieding[1]), dass schon in classischer (oder selbst in früherer) Zeit die zehntägige Frist bestanden habe, und er beruft sich zum Zeugniss hierüber auf unsern § 163. Noch weiter ist in neuester Zeit Eisele[2]) gegangen; da nämlich in den Digesten in einer ganzen Reihe von unter einander verschiedenen Materien decem dies erwähnt werden, so ist er der Ansicht, dass diese zehn Tage nicht als Beispiel zur Bezeichnung einer sehr kurzen Frist dienen, sondern dass sie daher stammen, weil zehn Tage dem Beklagten zwischen editio actionis und Litiscontestation gewährt werden mussten; er statuirt diese Frist für die der Denuntiation vorhergehende Ladungsform: der ein *Vadimonium* gerichtlich oder aussergerichtlich abschliessende Beklagte habe vom Prätor resp. vom Kläger verlangen können, dass ihm hierbei wenigstens zehn Tage Frist bewilligt wurden; auch er beruft sich hiebei auf unsern § 163. Diese Ansicht lässt sich

---

[1]) Libellpr. S. 441 ff.

[2]) Jhering's Jahrbücher Bd. 24 S. 509 ff.

leicht widerlegen[1]): intra diem decimum sind nicht decem dies, sondern nach Römischer Berechnung bloss acht Tage, denn der Tag der Vollziehung der Denuntiation resp. der Uebergabe des Requisitionsschreibens ist der erste Tag, und wenn von diesem an gerechnet am zehnten Tage das Requisitionsschreiben zurückverlangt resp. vom Beklagten der Libell unterschrieben und die cautio iudicio sisti geleistet werden soll, so liegen bloss acht Tage d. h. ein Nundinum in der Mitte. Man vergleiche hiermit die Redeweise Justinians in Nov. 53 c. 3 pr.:

> τῆς γὰρ παλαιότητος βουλομένης τὸν αἰτιάσεως βιβλίον δεξάμενον ἡμερῶν εἴσω δέκα διάσκεψιν ἔχειν, ἐφ' ᾧ καὶ ἀνερευνῆσαι τὸ πρᾶγμα καὶ ἴσως ἐπιγνῶναι καὶ ἀπαλλαγῆναι, μετὰ δὲ τὴν τῶν δέκα ἡμερῶν προθεσμίαν τηνικαῦτα καὶ ὑπογράφειν τῷ σταλέντι βιβλίῳ καὶ τὰς δικαστικὰς πληροῦν ἀσφαλείας . . .

Justinian giebt dem Beklagten volle zehn Tage zur Ueberlegung, sie sollen *nach* Uebergabe des Libells ablaufen und *nach* ihrem Ablauf soll der Beklagte unterschreiben und caviren. Kurz, die Frist der Vaticanischen Fragmente ist eine andere als die Justinianische, und die von Justinian angezogene alte Zeit ist nicht die der Classiker, sondern eine spätere; ich komme darauf in § 26 zurück. Mir scheint, dass sie nicht im Interesse des Beklagten, sondern in dem der requirirten Behörde und des Klägers verordnet war; die requirirte Behörde musste eine Frist erhalten, um dem Beklagten die Zwangsmassregeln (Pfändung, Multirung, Verhaftung) anzudrohen und die Ausführung der Drohung auf dem

[1]) Gegen Eisele spricht noch die vom Vadimonium handelnde l. 8 pr. D. qui satisd. cog. 2, 8; vgl. über dieselbe meine Ausführung unten in § 25.

Requisitionsschreiben zu vermerken; der Kläger musste eine Frist erhalten, um sich von der Reise auszuruhen; man gab ihnen ein Nundinum Zeit, denn wenn man zu dem Nundinum den Tag vorher (behufs Uebergabe des Requisitionsschreibens) und den Tag nachher (behufs Abholung desselben) hinzurechnet, so erhält man den dies decimus der Vaticanischen Fragmente; das ist keine zehntägige Frist, wie Wieding a. a. O. S. 443 behauptet, indem er die Berechnung von decem dies und von decimus dies zusammenwirft. Ueberdies soll ja der Kläger *intra* diem decimum zurückfordern, d. h. er braucht es nicht am zehnten Tage zu thun, er kann es schon vorher thun; alle Bemühungen Wiedings, dies wegzudisputiren, sind vergeblich; dahingegen stimmt dies gerade zu einem der oben angegebenen Zwecke der Frist: sie soll eine Erholung dem Kläger ermöglichen, fühlt er sich früher erholt, so mag er früher das Requisitionsschreiben zurück erbitten. — Zur Bekräftigung meiner Ausführung mag noch angeführt werden, dass dem Syrisch-Römischen Rechtsbuch die zehn Tage völlig unbekannt sind, wiewohl das Rechtsbuch das Verhalten des Beklagten nach der Denuntiation behandelt; vgl. unten § 21.

ad 2. Nach der Rückreichung des Requisitionsschreibens an den Prätor beginnt wieder für beide Parteien die Pflicht, in den Sessionen pro tribunali zu erscheinen, bis ihre Sache beendigt ist. Der § 165 spricht zwar wiederum nur vom Kläger; da er aber der praescriptio als des Mittels gedenkt, durch welches der Processverlust des Klägers herbeigeführt wird, so folgt daraus die gleiche Erscheinungspflicht des Beklagten. Gerade deshalb ist die Erscheinungsfrist des Klägers während seiner Reise suspendirt; innerhalb dieser Reisezeit könnte nämlich der Beklagte erscheinen, sich auf die erste Ladung (die denunt. suo nomine) be-

rufen und Contumacialanträge gegen den abwesenden Kläger stellen; diese offenbare Perfidie wird durch die Suspension der Erscheinungspflicht vereitelt. — —

Ueber das weitere Verfahren und die dabei zu beobachtenden Grundsätze geben uns die Vaticanischen Fragmente keinen Aufschluss. Dagegen erhalten wir einen solchen aus

> l. 38 D. de excus. 27, 1: Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet, peragendo autem negotio ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt (Paulus).

Der Jurist gedenkt zweier Fristen: von funfzig Tagen und von vier Monaten; die funfzigtägige ad contestandas excusationum causas und die viermonatliche peragendo negotio [1]). Die erste Frist wird noch heut in jedem Pandectenlehrbuch erwähnt; ich habe sie oben in § 2 behandelt; während ihres Laufs muss der Vormund sein Excusationsgesuch mit allgemeiner Motivirung anbringen. Was aber ist der Sinn des peragere negotium in der viermonatlichen Frist? Dass negotium Process bedeuten kann, lässt sich aus unzähligen Stellen nachweisen; dieselben stammen sowohl aus classischer Zeit [2]) wie aus nachclassischer Zeit; für die letztere besitzen wir ein Zeugnis gerade in derjenigen Novelle

---

[1]) Hängt hiermit die viermonatliche Frist zusammen, innerhalb welcher der Miteigenthümer eines Hauses dem Andern die Reparaturauslagen ersetzen muss, widrigenfalls er das Miteigenthum verliert? Auch diese Frist stammt von M. Aurel, l. 52 § 10 D. pro socio 17, 2.

[2]) l. 10 pr. D. de off. proc. 1, 16; l. 9 D. de off. praes. 1, 18; l. 5 D. de off. ass. 1, 22; l. 3 § 8 D. de neg. gest. 3, 5; l. 1 pr. l. 3 § 3 D. de calumn. 3, 6; l. 5 pr. D. de obs. par. 37, 15; l. 64 D. de re iud. 42, 1; l. 24 pr. D. de app. 49, 1; Gai. 4, 129. 141. 184.

Valentinians III. von 452, die vom Denuntiationsprocess handelt:

> (§ 14) . . . Pulsatus his recuperatis ab observationis necessitate *integro petitori negotio* liber abscedat. (§ 15) Quodsi pulsatus quis adesse neglexerit, evocatus secundum ordinem iuris sententiam excipiat contumacis. Exhibitus sane si de solo pulsatus fuerit, cessante fideiussionis necessitate periculo *negotii observationem* se subiturum promittat.

Aus Gaius sehen wir weiter, dass negotium nicht bloss den ganzen Process, sondern auch einen Processabschnitt bedeutet:

> IV, 184: Cum autem in ius vocatus fuerit adversarius, *neque eo die finiri potuerit negotium,* vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti.

Vor dem Magistrat kann nur ein Theil des Processes erledigt werden, und dieser Theil, das Verfahren in iure, wird von Gaius negotium genannt. Daher ist peragere negotium soviel als peragere litem, peragere causam, peragere actionem; in der That findet sich denn diese Bedeutung in zahlreichen Stellen [1]). Auf Grund des Ausspruchs von Gaius 4, 184 ist hinzuzufügen, dass auch die Durchführung, die Beendigung eines Process*abschnitts* mit peragere negotium bezeichnet werden kann, und gerade diese Bedeutung kommt dem peragere negotium in unserer l. 38 D. de excus. zu, denn sie ist der funfzigtägigen Frist parallel gestellt; in der funfzigtägigen Frist soll Kläger sein Excusationsgesuch anbringen, in der viermonatlichen Frist soll er seinen übrigen Pflichten nachkommen, und diese bestehen in der Litiscontestation

---

[1]) l. 32 § 9 D. de rec. 4, 8; l. 22 § 3 D. de inoff. 5, 2; l. 2 pr. D. ad l. Jul. de adult. 48, 5; l. 2 C. de litig. 8, 36.

und in Beweisen; da aber der Termin für die Litiscontestation sich wie oben nachgewiesen durch die sessio pro tribunali bestimmt, in welcher der Prätor die Sache vornimmt, so kann unter dem peragere negotium nur der vom Kläger zu erbringende Beweis gemeint sein[1]): das Beweisverfahren, die dem richterlichen Urtheil vorausgehende Parteithätigkeit muss binnen den vier Monaten, die der Nomination (ex die nominationis in l. 38 cit.) d. h. dem gerichtlichen Anbringen des Excusationsgesuchs und der gleichzeitigen denunt. suo nomine folgen[2]), beendet sein.

Und so ist denn von der berüchtigten viermonatlichen Frist des Denuntiationsprocesses bewiesen, dass sie bereits zur classischen Zeit existirte. Zur Erhärtung dieses Resultats will ich mich noch auf folgende Umstände berufen:

1. Erstens darauf, dass die schon oben citirte vom Denuntiationsprocess handelnde Novelle Valentinians III. von 452 sich im § 14 fast derselben Worte bedient wie unsere l. 38 D. de exc. 27, 1, sie spricht nämlich

---

[1]) Noch mehr hierüber s. in § 18, bei Darstellung der Grundsätze des Theodosischen Codex.

[2]) Freilich haben Rudorff (Vorm. 2. 199) und Glück (Comm. 32, 107 f.) eine ganz andere Interpretation der Worte „ex die nominationis“; sie verstehen darunter den Tag der Bestellung des Vormunds, allein sie kommen sofort mit ihrer Auslegung dadurch ins Gedränge, dass ja die Bestellung dem Vormund nicht sofort bekannt zu werden braucht, deshalb interpretiren sie: ex die compertae nominationis. Weiter aber ist einzuwenden, dass die testamentarische Bestellung eines Vormunds doch nimmermehr mit nominatio bezeichnet werden kann. Meines Erachtens ist nominatio ein von den Compilatoren abgekürzter Ausdruck für potioris nominatio, also für die Anbringung des Excusationsgesuchs bei Gericht resp. für die gleichzeitige denuntiatio suo nomine.

von intra quatuor menses *peragere* actiones institutas[1]) und bezeichnet hiemit den dem Kläger obliegenden binnen vier Monaten zu erbringenden Beweis[2]). Diese Identität des Ausdrucks (peragere negotium, peragere actiones) scheint mir darauf hinzuweisen, dass das Gesetz, welches den Denuntiationsprocess behandelte (— aus §§ 5. 9 wird sich ergeben, dass es ein Gesetz Marc Aurels war —), den Ausdruck peragere negotium oder actionem gebraucht hat.

2. Vielleicht lässt sich selbst aus den Vaticanischen Fragmenten eine Andeutung der viermonatlichen Beweisfrist entnehmen; freilich nur eine Andeutung, kein voller Nachweis. Der oben S. 17 abgedruckte § 166 enthält nämlich zuerst ein Schema des Libells, das mit der Erbittung der denunt. ex auctoritate zu überreichen ist; am Schlusse desselben stehen die Worte:

> rogo, praetor, *propter praescriptionis tempora* libellos accipere digneris.

Nun können diese praescriptionis tempora unmöglich auf die funfzigtägige Frist gehen, denn diese ist ja schon durch den mit der denuntiatio suo nomine gleichzeitigen gerichtlichen Act unterbrochen worden,

---

[1]) Auf die Novelle werde ich in § 18 ausführlich eingehen.

[2]) Der § 14 der Novelle lautet nämlich: Petitorem iubemus, postquam edito actionis genere adversarium suum tenuit et ad respondendum coëgit, propositae litis probationibus imminere, quoniam ad damnosam iudicii observationem quenquam prius non debet ullus attrahere, quam omnia documenta praepararit, quibus exhibitum in disceptatione convincat. Quod et scitis veterum principum continetur. Alias si quis ad iudicium quem venire compulerit et eodem in officio vel fideiussionis vinculo constituto non urgeat, quo intra quatuor menses peragat actiones, et constiterit iudicem causas alias cognovisse, petitor, qui secretarium suo vitio noluit introire, sumtus expensasque restituat, quoniam actoris tergiversationem esse non convenit impunitam. Darauf folgen die oben S. 28 abgedruckten Worte.

sie können nur auf eine andere parallel laufende Frist gehen. Supponirt man nun, dass dies die viermonatliche Beweisfrist ist, so haben jene Worte folgenden Sinn: der Excusant bittet um *schleunige* Ertheilung der Auctoritas zu der Ladung, da er sonst befürchte, dass er die von der ersten Anbringung des Excusationsgesuchs laufende, für die Erbringung des Beweises bestimmte viermonatliche Frist nicht einhalten könne. Dass hierbei das Wort praescriptio gebraucht wird, darf uns nicht irre machen; denn dasselbe Wort wird auch für die funfzigtägige Frist gebraucht [1]).

3. Es wird in § 17 nachgewiesen werden, dass nach dem Theodosischen Codex die abgelaufene viermonatliche Beweisfrist durch Reparation zurückgegeben, die laufende durch Dilation verlängert werden kann. Es fragt sich, ob nicht auch hiervon Spuren in den Digesten vorhanden sind. Bezüglich der Reparation behaupten dies die Schriftsteller [2]) wegen der sich an unsere l. 38 anschliessenden

> l. 39 D. de excus. 27, 1: Si quum ipse instituerit, ut proferret excusationem, mora contradictionis impeditus est, quominus decreto liberaretur, excusationem recte probari.

Mir bietet jedoch die Interpretation der Lex soviel Schwierigkeit (— es ist von der Frist nirgends die Rede —), dass ich darin die Hand der Compilatoren zu erkennen glaube; sie hatten allen Anlass zur Interpolation, da ja die Reparation der Frist (schon vor Justinian) weggefallen war (§ 18 a. E.). Bezüglich der

---

[1]) Vat. fr. 156.

[2]) Rudorff Vorm. 2, 200; Glück Comm. 32, 109. Natürlich sprechen sie dabei nicht von Reparation, da ihnen der Zusammenhang der viermonatlichen Frist des Excusationsprocesses mit dem Denuntiationsprocesse unbekannt ist.

Dilation werde ich unten in § 17 a. E. eine Reihe von Zeugnissen in den Digesten nachweisen, die über die Verlängerung der viermonatlichen Frist keinen Zweifel lassen; gegenwärtig stelle ich diesen Nachweis zurück, weil noch allerhand Praemissen fehlen, die zu dem Verständnis nothwendig sind; nur soviel bemerke ich, dass die Dilation zurückgeführt wird auf eine oratio divi Marci[1]), auf ein Rescript der divi fratres[2]), endlich auf eine recitata constitutio[3]), deren Autor meines Erachtens Niemand anders als Marc Aurel allein oder in Verbindung mit seinem Bruder sein kann.

4. § 5. Vier Grundsätze vom contradictorischen Denuntiationsprocesse. Sein Schöpfer Marc Aurel.

Recapituliren wir jetzt das Bild des Denuntiationsprocesses, wie es aus den Untersuchungen der §§ 3. 4. uns entgegentritt, und abstrahiren wir sodann die Grundsätze des Denuntiationsprocesses im Gegensatz zu demjenigen Processe, welcher mit in ius vocatio oder mit Abschliessung eines Vadimonium angefangen hat.

Der Denuntiationsprocess beginnt mit einem doppelten Acte: mit der denuntiatio suo nomine an den Gegner und mit der Anmeldung der Klage bei Gericht[4]).

Dieser Doppelact begründet für beide Parteien die Pflicht, in der nächsten sessio pro tribunali zu erscheinen[5]) und zu verhandeln, womöglich also (d. h. wofern keine processhindernde Einreden vorhanden sind) litem zu contestiren. Ist der Beklagte nicht am

---

[1]) l. 1. 1 § 2 i. f. l. 7 D. de fer. 2, 12.

[2]) l. 36 D. de iud. 5, 1.

[3]) l. 28 § 1 D. de appell. 49, 1.

[4]) fr. Vat. § 156.

[5]) fr. Vat. § 161.

Gerichtsort anwesend, so ist der erste Termin diejenige nächste sessio pro tribunali, welche nach Zurücklegung der Reise von seinem Wohnort nach dem Gerichtsort statthat; für diese Reise wird ihm nach Vorschrift des prätorischen Edicts[1]) je ein Tag für zwanzig Milien zugebilligt.

Erscheint in dieser sessio pro tribunali der Kläger nicht, wohl aber der Beklagte, so wird auf Antrag des letzteren die Klage abgewiesen: praescriptione excluditur[2]).

Erscheint in dieser sessio pro tribunali der Kläger, nicht aber der Beklagte, so kann der Kläger unter Ueberreichung des Klaglibells die denuntiatio ex auctoritate beantragen[3]).

Die denunt. ex auctoritate in Verbindung mit dem Klaglibell begründet dieselbe Erscheinungspflicht für beide Parteien wie die denunt. suo nomine[4]).

Wenn auf die denunt. ex auctoritate der Kläger nicht erscheint, wohl aber der Beklagte, so wird auf Antrag des letzteren der Kläger abgewiesen[5]). Erscheint der Beklagte nicht, wohl aber der Kläger, so geht die Sache in das Contumacialverfahren über, worüber ich in § 6 ff. handeln werde.

Erscheinen beide Parteien, es sei nach der denunt. suo nomine, es sei nach der denunt. ex auctoritate, so beginnen die Verhandlungen; beide Parteien müssen fortan in allen sessiones pro tribunali erscheinen, bis ihre Sache beendet ist[6]). Der Beweis muss vom Kläger (und vom Beklagten s. § 18) binnen einer vier-

---

[1]) l. 1 D. si quis caut. 2, 11.
[2]) fr. Vat. § 161.
[3]) fr. Vat. §§ 166. 167.
[4]) fr. Vat. § 165.
[5]) fr. Vat. § 165.
[6]) fr. Vat. §§ 161. 165.

monatlichen Frist erbracht werden, welche von der (ersten) denuntiatio suo nomine resp. der Anmeldung der Klage an läuft[1]). Diese Frist kann vor ihrem Ablauf verlängert, nach ihrem vergeblichen Ablauf wiederhergestellt werden (oben S. 31 ff.).

Das ist das Bild des Denuntiationsprocesses, wie es in den §§ 3. 4. gezeichnet worden ist. Es fehlt in demselben noch die Art und Weise der Urtheilsfällung; darauf komme ich unten sub IV. zurück.

Abstrahiren wir jetzt aus dem gegebenen Bilde die dem Denuntiationsprocess eigenthümlichen Regeln und stellen wir sie in den Gegensatz zu dem mit in ius vocatio resp. Vadimonium begonnenen Process. Es sind meines Erachtens vier Grundsätze.

I. Der erste Unterschied besteht in der Ladungsform; indess gehe ich hierauf nicht ein, da der Leser hiermit derartig bekannt ist, dass jede Ausführung meinerseits völlig überflüssig sein würde. Um so mehr betone ich den mit der Denuntiation verbundenen gerichtlichen Act. Bei dem mit in ius vocatio oder mit (aussergerichtlichem) Vadimonium begonnenen Process erfährt das Gericht von dem Streite erst dann, wenn die Parteien vor dem Magistrat erscheinen. Bei dem mit Denuntiation eingeleiteten Process hingegen ist das Gericht sofort von dem Streit in Kenntniss zu setzen; bei der denunt. suo nomine ist eine allgemein gehaltene Mittheilung der Klage dem Prätor zu machen (oben S. 14 ff.), ich möchte sie im Anschluss an moderne Processgesetze die Klageanmeldung nennen[2]); bei der Er-

[1]) l. 38 D. de excus. 27, 1.

[2]) Wenn der Beklagte am Gerichtsorte wohnt, so war es möglich, Klageanmeldung und Denuntiation an demselben Tage vorzunehmen; wohnte er auswärts, so konnten diese beiden Acte zeitlich auseinanderfallen; in letzterem Falle entstand die Frage,

bittung der denunt. ex auctoritate muss dem Gericht ein Libell, d. h. (wie S. 17 ausgeführt) eine genau substantiirte Klage überreicht werden. Das Gericht war dadurch von Anfang an über den bevorstehenden Process unterrichtet, und dies allein machte es möglich, dass der erste Verhandlungstermin auf die nächste sessio pro tribunali anberaumt werden konnte; das Gericht hatte vor dieser sessio Zeit, von der Sache Einsicht zu nehmen und sie auf die Liste der in der nächsten sessio zu verhandelnden Sachen zu setzen[1]). Der Libell wird nun von fr. Vat. 210 auf Marc Aurel zurückgeführt:

> Is qui potiorem nominat libellos debet quaternos dare praetori de plano quinos pro tribunali, *ut epistula divi Marci ad Aemilianum continetur*, et dicere quo iure potiorem nominet (nun folgt die Vorschrift, dass der Libell genau substantiirt sein soll).

Es sei demgemäss die Einsetzung des Libells als nothwendigen Bestandtheils der denunt. ex auctoritate als die erste Reform von Marc Aurel festgestellt.

II. Der zweite Unterschied besteht in der Festsetzung des ersten Verhandlungstermins. Bei der in ius vocatio findet die erste Verhandlung sofort nach der Ladung statt, bei dem Vadimonium an dem von den Parteien verabredeten Tage; im Denuntiationsprocess hingegen ist es die erste sessio pro tribunali, die nach der Denuntiation stattfindet. Ich bestreite nicht, dass dies hart ist; indess darf man nicht ver-

---

ob für Berechnung der viermonatlichen Frist die Klageanmeldung oder die Denuntiation massgebend sein solle; hierüber habe ich in den Quellen nichts gefunden; ich vermuthe, dass man die gerichtliche Klageanmeldung als Anfangspunkt der Frist annahm.

[1]) Eine solche Liste hat unzweifelhaft bestanden, s. l. 9 § 4 D. de off. proc. 1, 16.

gessen, dass bei der in ius vocatio sofortige Folge geleistet werden musste; diesem Rechtssatz gegenüber war die Erscheinungspflicht in der nächsten sessio pro tribunali eine offensichtliche Milderung; und wenn bei dem Vadimonium von den Parteien ein ihnen genehmer Tag verabredet werden konnte, so stand ja nichts im Wege, dass bei der Denuntiation das Gleiche geschah; die Parteien konnten alsdann dem Prätor hiervon directe Mittheilung machen, und dann setzte dieser ohne Zweifel die Verhandlung der Sache auf den ihnen genehmen Tag; die Parteien konnten die directe Mittheilung an den Prätor unterlassen und beide in den sessiones pro tribunali, die vor dem ihnen genehmen Tage stattfanden, ausbleiben, dann erlitt keine von beiden einen Nachtheil, und die Sache wurde an dem ihnen genehmen Tage behandelt. Die Römer scheinen mir übrigens die Härte nicht verkannt zu haben, die in der Vorschrift, in der nächsten sessio pro tribunali zu erscheinen, enthalten war, und sie liessen deshalb eine doppelte Modification eintreten. Stellte sich nämlich der Beklagte nicht am ersten Tage, sondern einige Tage nachher, und hatte das klägerische Recht immittels keine Veränderung erlitten (z. B. durch Klageverjährung, durch Tod bei unvererblichen Klagen[1])), so wurde das dem Beklagten verziehen, und die Verhandlung ging vor sich[2]). Stellte er sich gar nicht und sollte in Folge dessen das Verfahren in den Contumacialprocess übergehen, so musste der Kläger zehn Tage warten, ehe er die fernere Ladung beantragen durfte[2]). So ist es

[1]) l. 10 § 2 D. si quis caut. 2, 11.

[2]) l. 8 D. si quis caut. 2, 11: Etsi post tres aut quinque pluresve dies, quam iudicio sisti se reus promisit, secum agendi potestatem fecerit, nec actoris ius e mora deterius factum sit, consequens est dici, defendi eum debere per exceptionem.

[3]) l. 69 D. de iud. 5, 1.

denn nicht zu verwundern, dass die Bestimmung des ersten Termins im Justinianischen Recht ganz nach denselben Grundsätzen erfolgt wie im classischen Recht; ich werde dies in § 25 erweisen.

Um des besseren Verständnisses halber muss ich noch von den weiteren Verhandlungen reden. Nach den fr. Vat. § 161 musste nämlich der Kläger so lange allen sessiones pro tribunali anwohnen, bis der Kläger causam finiat, d. h. offenbar, bis er seinen Pflichten genügt hat, die Lis contestirt und den Beweis erbracht hat; die gleiche Pflicht trifft nach meiner früheren Ausführung den Beklagten. Nun wissen wir aber, dass der Kläger (und wie sich in § 18 ergeben wird, auch der Beklagte) jedenfalls mit der Beweisführung vier Monat lang zögern kann. Wozu also sollen sie trotzdem während dieser Zeit in allen Sitzungen erscheinen?

Zuvörderst ist es klar, dass möglicher Weise wegen des Andrangs der Sachen in der ersten sessio die vorliegende Sache zurückgestellt werden muss; selbstverständlich müssen beide Theile alsdann in den folgenden sessiones erscheinen, bis ihre Sache verhandelt wird. Aber (wie bemerkt) dauert die Erscheinungspflicht über die erste Verhandlung hinaus bis zum finire causam. Dies führe ich darauf zurück, dass der Gesetzgeber die Beweisführung möglichst beschleunigen wollte; er hatte zwar den Parteien eine viermonatliche Beweisfrist bewilligt aus dem Grunde, weil sie vielleicht die Beweismittel nicht sofort herbeischaffen konnten (s. unten sub III.), allein selbst wenn sie diese Beweismittel im Augenblick nicht besassen, so sollten sie erscheinen, um wenigstens die Erklärung abzugeben, dass sie sie noch nicht besässen; es liegt auf der Hand, dass eine solche Erscheinungspflicht den Missbranch der viermonatlichen Frist bedeutend verminderte. Aber auch hier will ich den Zusatz machen, dass die Erscheinungspflicht

durchaus nicht allzuschwer genommen werden darf; denn nicht bloss konnten die Parteien beiderseitiges Ausbleiben verabreden, sondern es konnte ja jede Partei einen Procurator ernennen; die Thätigkeit der Procuratoren war ein Gewerbe[1]) und wie sich heutzutage die Anwälte während der Gerichtsstunden auf dem Gericht aufhalten, weil sie zu dieser Stunde diese, zu jener Stunde jene Sache plädiren müssen, so war der Procurator sicherlich auch bei den Römern ein ständiger Assistent der Gerichtssitzungen. Wenigstens ist mir in den Kaisergesetzen die ungemein häufige Bemerkung aufgefallen, dass der Beklagte in eigener Person oder durch einen Procurator erscheinen könne, es weist dieser häufige Ausdruck darauf hin, dass die Bestellung von Procuratoren sehr gebräuchlich war; Personen höheren Ranges und Geistliche durften sogar in späterer Zeit nicht persönlich vor Gericht erscheinen, sondern mussten sich durch einen Procurator vertreten lassen[2]).

Ist nun aber der erste Verhandlungstermin die nächste sessio pro tribunali, und schliessen sich an diese alle folgenden sessiones pro tribunali an, bis der Beweis erbracht ist, so lässt sich meines Erachtens die bestimmte Behauptung begründen, dass diese Vorschrift nicht in alter Zeit gegolten hat, sondern dass sie erst später aufgestellt worden ist, ja auch die Zeit, in welcher sie aufgestellt worden ist, lässt sich mit Sicherheit näher bezeichnen.

Jene Erscheinungspflicht der beiden Parteien setzt nämlich eine genaue Ordnung des Sitzungswesens voraus. Man kann ihnen nur dann vorschreiben, in den Sitzungen stets anwesend zu sein, wenn die Sitzungen regelmässig

---

[1]) Bethmann-Hollweg Civilpr. § 100 Note 59; § 143 Note 58.

[2]) Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. 3. S. 168.

abgehalten und genau bestimmt sind, wenn sie einerseits weder spärlich stattfinden noch andererseits vom Gutbefinden des Magistrats oder vom Zufall abhängen. Das war so lange nicht möglich, als die alte Einrichtung der dies fasti, nefasti, comitiales massgebend war; das war erst dann denkbar, als Marc Aurel die 230 Gerichtstage eingeführt hatte[1]; *hiermit war eine nicht hoch genug zu schätzende Neuordnung des Römischen Gerichtswesens erfolgt*[2]. Die Menge der Spiele war schon gegen Ende der Republik zu einer wahren Calamität geworden; Livius VII, 2 nennt sie eine vix opulentis regnis tolerabilis insania. Es ist ein offensichtliches Bemühen der Kaiserzeit, in dieser Beziehung Wandel zu schaffen[3]; Augustus nahm mehr als dreissig Tage den ludi honorarii ab und fügte sie dem rerum actus hinzu[4]; Claudius hob einige Festlichkeiten auf und verkürzte andere, auch beschränkte er die sog. Instauration auf einen einzigen Tag[5]; Vespasian setzte eine eigene Senatscommission behufs Abschaffung von Festtagen nieder[6]; auch Nerva hob eine Anzahl von Opfern, circensischen und anderen Spielen auf[7]. Allein die Maxime, der regierenden Dynastie göttlichen Ursprung zuzuschreiben und die verstorbenen Mitglieder derselben als wirkliche Götter zu verehren, war eine stets ergiebige Quelle für neue Feiertage[8]. Diesem

---

[1]) Capitolinus in Marco c. 10.

[2]) Die Römer haben ihre hohe Bedeutung verstanden, denn Capitolinus schickt seinem Bericht über die Neuordnung der Gerichtszeit die Worte voraus: iudiciariae rei singularem diligentiam adhibuit.

[3]) Hartmann, ordo iudic. S. 143 ff.

[4]) Sueton. Octav. c. 32.

[5]) Dio Cass. 60, 6. 17.

[6]) Tacit. hist. 4, 40.

[7]) Dio Cass. 68, 2.

[8]) Preller, Röm. Mythologie 2, 426 ff. der 3. Aufl.

Unwesen trat Marc Aurel durch die Einführung von 230 Gerichtstagen in energischer Weise entgegen. So wenig wir Genaueres über seine Verordnung wissen, so folgt schon aus der Anzahl der Gerichtstage, dass sie die Regel bilden (also nicht mehr wie bisher spärlich stattfinden) und dass sie fest bestimmt sind (also nicht mehr wie bisher vom Gutbefinden oder Zufall abhängen). *Ich behaupte, dass eine Vorschrift, welche den beiden Parteien fortdauerndes Erscheinen in den Sitzungen bis nach erbrachtem Beweise zur Pflicht macht, vor Marc Aurel nicht denkbar war. Es sei dies hier als die zweite Reform des Kaisers M. Aurel festgestellt.*

III. Der dritte Unterschied besteht in der Beweisfrist. Der mit in ius vocatio oder Vadimonium begonnene Process kennt eine solche durchaus nicht, in ihm kommen nur Processverjährungsfristen vor. Ebendeshalb war die viermonatliche Frist des Denuntiationsprocesses bis in die neueste Zeit in ihrem Wesen unerkannt, in allen Lehrbüchern des Civilprocesses hiess es, dass dem Römischen Process eine Beweisfrist fremd sei; erst Bruns in seinem Commentar zum Syrisch-Römischen Rechtsbuch vindicirte den vier Monaten den Character einer Beweisfrist [1]). Die Frage, aus welchen Gründen die Beweisfrist eingeführt wurde, braucht (so scheint es) nicht aufgeworfen zu werden; denn wir Alle sehen in derselben ein Processstück, durch welches das Urtheil in hohem Masse gefördert wird. Allein es muss darauf aufmerksam gemacht werden, dass diese gesetzliche Beweisfrist in ihrer Bedeutung nicht mit der heutigen richterlichen übereinstimmt; denn die heutige Frist ist für die Antretung, die Römische hingegen für die Führung des Beweises vorgeschrieben. Damit hat es folgende Bewandtniss.

---

[1]) Das Genauere unten in § 18.

Bis zu Justinian muss die beweispflichtige Partei ihre Zeugen selbst vor Gericht bringen; die Zeugen sind ihre *freiwilligen* Gehilfen; es besteht (mit geringen Ausnahmen) keine Zeugnisspflicht in Civilsachen, und die Zeugen werden nicht vom Richter geladen [1]). Der Beweis mittels Urkunden ist, wenn es Privaturkunden sind, in der Regel zugleich ein Zeugenbeweis [2]), es ist also auch hier die beweispflichtige Partei dem guten Willen des Zeugen preisgegeben. Eben deshalb ist aber die beweispflichtige Partei in dem mit in ius vocatio oder Vadimonium begonnenen Processe dem Gutbefinden des Geschworenen verfallen; er kann die Beweisführung verlangen, und da gesetzlich keine Beweisfrist besteht, so kann er verlangen, dass sie sofort oder nach einer gewissen Zeit geschehe; verlangte er sie sofort, so mochte die beweispflichtige Partei ihn der Parteilichkeit bezichtigen; schob er sie weit hinaus, so mochte der Gegner die gleiche Beschuldigung erheben. Es war entschieden ein Fortschritt, als im Denuntiationsprocess die viermonatliche Beweisfrist eingeführt wurde. Dieselbe ist ebenso sehr ein Mittel, um die schleunige Fällung des Urtheils zu ermöglichen, als auch ein Schutz der beweispflichtigen Partei gegenüber einem unüberlegten oder übelwollenden Richter.

Dass diese Beweisfrist nur durch ein Gesetz eingeführt werden konnte, braucht nicht erst erwiesen zu werden. Fragen wir nun nach dem Gesetzgeber, so geben uns die Quellen hierüber zwar keine directe Auskunft, wohl aber eine indirecte. Es ist nämlich im § 4 von mir gezeigt worden, dass die viermonatliche Frist verlängert resp. zurückgegeben werden konnte; die Verlängerung resp. Zurückgabe ist meines Erachtens

---

[1]) Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. 2 S. 597 f.

[2]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 600.

gleichzeitig mit der Einführung der Beweisfrist angeordnet worden, denn es musste der Gesetzgeber von Anfang an erwägen, dass in besonderen Fällen die viermonatliche Frist nicht genügen werde. Nun stammt die Verlängerung der Frist aus einer Oratio von Marc Aurel, sie wird auch in einem Rescript der divi fratres erwähnt, jene Oratio ist offenbar das ältere Gesetz, und daher führe ich nicht bloss die Verlängerung, sondern auch die Einführung der viermonatlichen Beweisfrist auf Marc Aurel zurück. *Es ist dies das dritte Stück des Denuntiationsprocesses, welches auf einer Reform dieses Kaisers beruht.*

IV. Ich gelange jetzt zu dem vierten Grundsatz des Denuntiationsprocesses, er bezieht sich auf die Person des Urtheilfinders. *Meine Behauptung geht dahin, dass im Denuntiationsprocess kein Geschworener ernannt wird, dass vielmehr die Verhandlung der Sache wie die Urtheilsfällung dem Magistrat gebührt.* Ich stelle diese Behauptung nicht bloss für diejenigen Sachen auf, welche ihrer Natur nach (wie z. B. der Excusationsprocess) nicht von Geschworenen entschieden werden, sondern für irgend welche Processe um Geld und Geldeswerth. Die Verhandlung und Urtheilsfällung durch einen Geschworenen erfolgte in solchen Processen nur dann, wenn sie durch in ius vocatio oder Vadimonium eingeleitet worden waren; hatte die Denuntiation stattgefunden, so verhandelte und urtheilte der Magistrat; *mit anderen Worten: alle Denuntiationssachen sind sog. Cognitionssachen.*

Modificirend bemerke ich, dass ich diese Ansicht nur für die Zeit seit Marc Aurel aufstelle; für die frühere Zeit (— denn dass die Denuntiation schon eine Ladungsform in republikanischer Zeit ist, darüber vgl. unten §§ 12. 13 —) nehme auch ich an, dass, ohne Rücksicht auf die Ladungsform immer Geschworene

fungirt haben. Aber gerade für diese Modification kann ich keinen Beweis erbringen, sie ist eine Hypothese, die sich mir aus der sonstigen reformatorischen Thätigkeit dieses Kaisers bezüglich des Denuntiationsprocesses ergiebt (s. oben sub I., II., III. und unten § 9). Der Beweis, den ich führen werde, sieht also von der Frage, zu welcher Zeit die Geschworenen in einem mit Denuntiation eingeleiteten Processe abgeschafft worden sind, ab. Mein Beweis ist ein doppelter: ein directer und ein indirecter.

Der directe Beweis ist enthalten in

> l. 5 § 2 D. dep. 16, 3: Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit? Et ait Pomponius[1]), adire eum praetorem debere, et ex eius auctoritate denuntiatione facta his, qui eum elegerant, ei rem restituendam, qui praesens fuerit. Sed hoc non semper verum puto; nam plerumque non est permittendum, officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere nisi iustissima causa interveniente, et quum permittitur, raro ei res restituenda est, qui venit, sed oportet eam arbitratu iudicis apud aedem aliquam deponi (Ulpian).

Die Stelle ist zunächst deshalb interessant, weil hier der Process nicht erst mit der denunt. suo nomine, sondern sofort mit der denunt. ex auctoritate begonnen wird; der Grund liegt auf der Hand; offenbar ist die Angelegenheit eine sehr dringliche, sonst würde der Sequester überhaupt nicht zurückgeben wollen, und daher gestattet der Prätor, die denunt. suo nomine zu unterlassen und sofort ex auctoritate zu denuntiiren. Ist nun die Ladung von Erfolg, so ist nach Pomponius

[1]) Pomponius ist Zeitgenosse Julians, lebt also noch unter M. Aurel.

die Sache demjenigen der Sequestranten, welcher erschienen ist, zurückzugeben; ohne Zweifel nimmt Pomponius an, dass der Sequester gute Gründe zur Rückgabe habe, dass der Prätor sie geprüft und demgemäss durch einen Spruch den Sequester für befugt zur Rückgabe erklärt habe. Die Polemik, in welcher Ulpian sich gegen Pomponius ergeht, ist demnach meines Erachtens ziemlich wohlfeil; er führt aus, dass die Rückgabe nur zulässig sei, wenn gute Gründe dafür existiren, und auch dann sei die Sache nicht dem Erschienenen zurückzugeben, sondern zu deponiren; hierbei bedient sich Ulpian der Worte: sed oportet eam arbitratu iudicis apud aedem aliquam deponi. Nun ist aber dreierlei zu prüfen: a) ob gerechte Gründe zur Rückgabe vorhanden sind; b) (vorausgesetzt die Bejahung der ersten Frage) ob die Sache dem Erschienenen zurückzugeben oder zu deponiren sei; c) (vorausgesetzt, dass die Deposition für passend erachtet wird) an welchem Orte zu deponiren ist. Ulpian erwähnt den arbitratus iudicis erst bei dem dritten Punkte; die ersten zwei Punkte überlässt er dem Entscheide des Prätor (non est permittendum . . ., quum permittitur . . .); den dritten Punkt kann der Prätor nicht erledigen, er ernennt für diesen einzelnen Punkt einen Arbiter, wie dies so oft in der extraordinaria cognitio vorkommt [1]).

Der indirecte Beweis ergiebt sich aus dem Contumacialurtheil. Das Contumacialurtheil (das wird in § 8 bis § 11 erwiesen werden) kann nur im Denuntiationsprocess ergehen; es ist eine Einrichtung des Kaisers Marc Aurel; es setzt ursprünglich [2]) drei Ladungen ex auctoritate und das Peremtorium voraus; von dem Peremtorium aber heisst es in

[1]) Keller, Civilpr. S. 415 der sechsten Ausgabe (Text zu Note 975); Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 2 S. 110.

[2]) Siehe hierüber meine Darstellung im Anfang des § 6.

l. 71 D. de iud. 5, 1: in peremtorio comminatur is, qui edictum dedit, etiam absente diversa parte cogniturum se et pronuntiaturum.

Das heisst: im Contumacialverfahren verhandelt und urtheilt der Magistrat und nicht ein Geschworener. Ist nun aber das Contumacialverfahren die eine Seite des Denuntiationsprocesses, so sieht man nicht ein, weshalb auf der anderen Seite, nämlich im contradictorischen Denuntiationsprocess, es anders gewesen sein soll.

Auch darauf will ich aufmerksam machen, dass die viermonatliche Beweisfrist mir zu einem Verfahren mit Geschworenen gar nicht zu passen scheint. Sie wird nämlich berechnet von der ersten Denuntiation (suo nomine) resp. von der damit gleichzeitigen gerichtlichen Klageanmeldung an; wie soll nun der Geschworene Kunde von diesem Moment haben? Er erhält ja in der Formel bloss seine Ernennung und seine Directive und wird über die Ladungsform und Ladungszeit nicht unterrichtet. Und würde er es, so ergäbe sich eine geradezu unglaubliche Unterscheidung: je nachdem der Process mit Denuntiation oder mit in ius vocatio resp. Vadimonium eingeleitet worden war, müsste vor den Geschworenen die viermonatliche Beweisfrist innegehalten werden oder nicht. Anders war es vor Marc Aurel, wo die viermonatliche Beweisfrist noch nicht existirte; da wurde ohne Rücksicht auf die Ladungsform stets ein Geschworener ernannt.

Ich sehe also in der Processreform des Kaisers Marc Aurel den tiefgreifendsten Angriff auf das Geschworeneninstitut; es wurde nicht beseitigt, sondern es wurde ins Belieben des Klägers gestellt, ob er zur Denuntiation oder zur in ius vocatio resp. zum Vadimonium greifen, ob er eine Verhandlung und Verurtheilung durch kaiserliche Beamte oder durch Geschworene herbeiführen wolle. Es ist ganz dieselbe Erscheinung, wie

sie sich in den letzten Jahrzehnten in England abgespielt hat; „in den grossstädtischen Bevölkerungen", schreibt Gneist[1]), „hat sich die Meinung gebildet, dass alle öffentlichen Geschäfte der Art (scil. alle gerichtlichen Geschäfte) bequemer und vortheilhafter durch besoldete Beamte abgemacht werden". Demgemäss richtete man in England 1846 die new county courts ein, welche mit einem lebenslänglich fungirenden gelehrten Richter besetzt sind; jede Partei kann zwar die Zuziehung einer Jury verlangen, allein unter tausend Fällen wird hiervon nur drei Mal Gebrauch gemacht, und diese neuen Kreisgerichte sind in kurzer Zeit die Lieblinge des Publicums wie der neueren Gesetzgebung geworden; ursprünglich nur für geringfügige Summen zuständig haben sie rasch eine bedeutende Competenz erworben, eben weil man dem Geschworeneninstitut *in Civilsachen* nicht mehr zugethan ist[2]).

Mir scheint, dass die Entwicklung in Rom die nämliche gewesen ist, wie wir sie heute in England sehen, und daraus folgt, dass das Geschworenengericht seit Marc Aurel langsam seinem Verfall entgegenging. Die Romanisten fangen seit Kurzem dieser Ansicht zu huldigen an. Während bisher die herrschende Meinung[3]) das Gesetz Diocletians und Maximians von 294 (l. 2

---

[1]) Engl. Communalverfassung § 25 (S. 534 der zweiten Aufl.); derselbe, Engl. Verwaltungsrecht § 147 (Bd. 1 S. 978 ff. der dritten Aufl.) Nach Maitland, justice and police p. 29, kamen im Jahre 1883 vor den neuen Grafschaftsrichtern auf 610 009 Sachen ohne Jury 949 mit Jury. Vgl. noch die law quarterly review vom Januar 1887, welche einen Aufsatz the county court system von Chalmers enthält, namentlich p. 10. 11.

[2]) Gneist a. a. O. § 26.

[3]) Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 2 S. 781 f. Bd. 3 S. 116 f.; Wieding, Libellpr. S. 115 ff.; Bekker, Actionen 2, 224 f.; Hartmann-Ubbelohde, Römische Gerichtsverfassung S. 602 ff.

C. de pedaneis iudic. 3, 3) auf die Geschworenen bezog, d. h. während sie annahm, dass die Kaiser den Provincialstatthaltern vorschreiben, sie sollten regelmässig selbst erkennen und nur ausnahmsweise Geschworene ernennen, beginnt jetzt eine andere Auffassung jenes Gesetzes sich geltend zu machen. Zuerst hat Rudorff[1]) kurz angedeutet, jetzt aber Pernice[2]) in ausführlicher Entwickelung gezeigt, dass das Gesetz auf die delegirten Richter zu beziehen ist; die Kaiser schreiben den Statthaltern vor, in eigener Person die Rechtssachen zu erledigen und nur in Nothfällen (wegen anderer Geschäfte oder wegen der Menge der Rechtssachen) an ihrer Statt Richter zu delegiren; Julian engte dies noch weiter ein, indem er das statthalterliche Recht der Richterdelegirung auf die geringeren Sachen beschränkte[3]). Ist dies der Inhalt des von Diocletian und Maximian erlassenen Gesetzes, so datirt die Beseitigung des Geschworeneninstitutes nicht von ihnen. Ich suchte zu zeigen, dass es überhaupt nicht durch ein besonderes Gesetz beseitigt worden ist; das ist auch die Meinung von Pernice, doch ist im Uebrigen seine Ausführung von der meinigen durchaus verschieden[4]); Pernice unterscheidet das Verfahren in der Stadt (domi) vor dem städtischen Prätor und das in den Provinzen vor den Statthaltern (militiae); in der Stadt sei der ordo iudiciorum von selbst verschwunden, als die Diocletianische Staatsordnung dem Stadtprätor die Gerichtsbarkeit in Civilsachen entzog, in den Provinzen hin-

[1]) Röm. Rechtsg. Bd. 2 § 1 Anm.

[2]) Zschr. der Savignystiftung für Rechtsg. Bd. 7 S. 103—112.

[3]) l. 5 C. de pedan. iud. 3, 3.

[4]) Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der Römischen Kaiserzeit in den Festgaben für Beseler S. 51—78.

gegen habe das Geschworeneninstitut selbst in republicanischer Zeit nicht so feste Wurzeln geschlagen, wie in Italien, denn die Stellung der Provincialstatthalter sei eine übermächtige und unverantwortliche gewesen, in der Kaiserzeit hätten dann zuerst in den kaiserlichen Provinzen, dann auch in den senatorischen die Statthalter ohne Geschworene entschieden, allgemein sei dies wohl erst seit der zweiten Hälfte des dritten Jahrhunderts der Fall gewesen. Eine eingehende Prüfung der Argumente von Pernice liegt ausserhalb der Grenzen meiner Abhandlung[1]).

---

[1]) Nur Einen Punkt, der mir in der Darstellung von Pernice nicht klar geworden ist, bringe ich zur Sprache. Seine Ansicht beruht einerseits auf der Unterscheidung des imperium domi und militiae, andererseits auf derjenigen Italiens und der Provinzen. Nun fallen diese beiden Unterscheidungen keineswegs zusammen, denn das imperium domi erstreckt sich nicht auf ganz Italien, sondern auf die Stadt Rom und (unter gewissen Voraussetzungen) auf deren Umkreis bis zum ersten Meilenstein (Mommsen, Staatsrecht Bd. 1 S. 64 ff. der 2. Aufl.); wenn nun auch in der Kaiserzeit die tribunicische Gewalt des Kaisers im ganzen Reiche galt (Mommsen a. a. O. Bd. 2 S. 844), so folgt aus dieser speciellen für die Kaiser gegebenen Bestimmung nicht eine grundsätzliche Verschiebung des imperium domi und militiae. Ist dies aber der Fall, so fehlt in der Pernice'schen Darstellung die Betrachtung des ausserhalb der Bannmeile liegenden Italischen Gebiets; dasselbe untersteht dem imperium militiae, und es wirft sich die Frage auf, ob Pernice bezüglich des Geschworeneninstituts die Stadt Rom von dem übrigen Italien trennen will.

II. Der contumaciale Denuntiations-process und das Contumacialurtheil (seit Marc Aurel).

1. § 6. Vier oder drei Ladungen? Die erste Ladung.

Ich schicke die Bemerkung voraus, dass ich im Nachstehenden auf die Streitfrage, ob das Contumacialverfahren mit mehrfacher Ladung in allen Processen oder bloss in den zur cognitio extraordinaria gehörigen Sachen Anwendung gefunden habe, nicht eingehe; ich mache bloss darauf aufmerksam, dass diese Streitfrage durch meinen Nachweis auf S. 42 ff., dass (seit Marc Aurel) der Denuntiationsprocess stets ohne Geschworene erledigt wird, eine neue Wendung erhält. Ich halte ferner die Ansicht, welche das Contumacialverfahren in die Zeit nach der Litiscontestation setzt (wonach der Geschworene beim Ausbleiben des Beklagten die Sache wieder an den Magistrat abgegeben und hierauf der Magistrat den Contumacialprocess eingeleitet und bis zum Urtheil fortgeführt habe) für abgethan und völlig verwerflich; Keller, welcher ihrer als einer zweifelhaften gedenkt [1]), hat ihr hiermit eine unverdiente Ehre zu Theil werden lassen.

Zunächst bringe ich eine Differenz zur Sprache

[1]) Civilprocess § 69 a. E. bei Note 834 (6. Ausg. von Wach).

zwischen den Aussprüchen Ulpians und denen von anderen Juristen und von Kaisern, eine Differenz, welche zwar bisher schon aufgefallen, aber nie aufgehellt und ins rechte Licht gestellt worden ist[1]).

Nach Ulpian nämlich verlangt das Contumacialverfahren vier Ladungen, nämlich drei einfache[2]) Ladungen ex auctoritate und als vierte das Peremtorium; das letztere unterscheidet sich von den drei einfachen Ladungen dadurch, dass der Magistrat in demselben dem Beklagten androht, er werde auch im Falle seiner Abwesenheit untersuchen und erkennen:

> l. 71 D. de iud. 5, 1: in peremtorio autem comminatur is, qui edictum dedit, etiam absente diversa parte cogniturum se et pronuntiaturum (Ulpian).

Nach anderen Juristen und Kaisern genügen hingegen jene drei einfachen Ladungen ex auctoritate, das Peremtorium ist nachgelassen[3]). Wie ist dies zu erklären?

Meines Erachtens stellt Ulpian das regelmässige Verfahren dar, wie es ursprünglich durch ein Gesetz (— ich schreibe dasselbe dem Marc Aurel zu —) angeordnet wurde; in diesem Gesetz war Manches flüssig, Manches dem Gutbefinden des Magistrats überlassen; so konnten denn Kaiserconstitutionen erlassen werden, welche das

---

[1]) Man sehe z. B. Wieding, Libellpr. S. 320. Ja, Bethmann-Hollweg Bd. 2 S. 775 lässt sich gar nicht über die Sache aus, er nimmt auf Ulpian, trotzdem er ihn citirt, gar keine Rücksicht. Auch Hartmann hat in seinem Contumacialverfahren die Sache nicht erörtert.

[2]) Diese einfachen Ladungen sind nicht als monitorische sondern als arctatorische zu denken.

[3]) Paul. sent. rec. V., 5a § 7 (bei Krüger § 6), cf. II., 21a § 17; Hermog. in l. 53 § 1 D. de re iud. 42, 1; l. 8 l. 9 C. quomodo et quando 7, 43.

Verfahren festigten und in der angegebenen Weise (drei Ladungen) näher bestimmten.

Zum Beweise dient l. 72 D. de iud. 5, 1:

> (Ulp.) Nonnunquam autem hoc edictum[1]) post tot numero edicta, quae praecesserint[2]), datur; nonnunquam post unum vel alterum, nonnunquam statim, quod appellatur unum pro omnibus. Hoc autem aestimare oportet eum, qui ius dicit, et pro conditione causae vel personae vel temporis ita ordinem edictorum vel compendium moderari.

Nach Ulpian entscheidet das Ermessen des Magistrats darüber, ob dem Peremtorium drei Ladungen ex auctoritate, zwei, eine einzige vorhergehen sollen, oder ob sofort mit dem Peremtorium zu beginnen ist; das Peremtorium ist das entscheidende, ohne Peremtorium kein Contumacialurtheil. Nun erklären aber Kaiserconstitutionen:

> l. 9 C. quomodo et quando 7, 43: Tres denuntiationes ad peremtorii edicti vicem adversus contumaces convalescere salubriter statutum est (290 von Diocletian und Maximian).

Keineswegs wurde durch diese Kaisergesetze das Peremtorium aufgehoben; denn nicht bloss Paulus kennt es[3]), sondern auch Hermogenian erwähnt es ganz in derselben Weise wie die oben citirte Codexstelle:

> l. 53 § 1 D. de re iudic. 42, 1: Contumax est, qui tribus edictis propositis vel uno pro tribus, quod vulgo peremtorium appellatur, literis evocatus praesentiam sui facere contemnet.

---

[1]) Nämlich das peremtorium, von welchem die unmittelbar vorangehende l. 71 handelt.

[2]) Nämlich die drei Ladungen, welche von Ulpian in der unmittelbar vorhergehenden l. 68 l. 70 (in demselben Werk und Buch: liber VIII. disputationum) behandelt sind.

[3]) l. 54 pr. D. de re iud. 42, 1.

In der That sagen die Kaiser Diocletian und Maximian sowie der Jurist Hermogenian nicht, dass das Peremtorium beseitigt sei, sondern dass dasselbe durch drei Denuntiationen resp. Edicte *vertreten* werde; die drei Denuntiationen gelten (convalescere) in Vertretung (ad vicem peremtorii); das nach Ulpian unerlässliche Peremtorium kann also durch die drei Denuntiationen, die Ulpian für erlassbar erklärt, ersetzt werden, und so ist denn das Resultat der Entwicklung dieses: das Contumacialurtheil setzt voraus

entweder das Peremtorium, es mögen ihm drei einfache Ladungen vorausgegangen sein oder nicht,

oder drei einfache Ladungen[1]).

Ich nehme zur Grundlage der nachstehenden Erörterungen die Darstellung von Ulpian, einmal deshalb, weil sie ja die andere gesetzliche Normirung (drei Ladungen ex auctoritate) in sich begreift, sodann weil sie offenbar das ursprüngliche Recht enthält. Aus der Darstellung bei Paulus resp. aus der Kaiserconstitution nehme ich das herüber, dass die Ulpianischen Edicte mit den Denuntiationen, ich will nicht sagen, gleich-

[1]) Es verdient ein Fall hervorgehoben zu werden, in welchem man noch im vierten Jahrhundert die drei Ladungen nicht für genügend erachtete, sondern noch eine vierte Ladung für erforderlich hielt. Allerdings muss bemerkt werden einerseits, dass der Fall ein für den Status des Beklagten hochbedeutsamer war, andererseits, dass die vierte Ladung nicht mit Rechtsgründen, sondern mit der Billigkeit motivirt wird. Der Fall steht in l. 23 C. Th. de decur. 12, 1: Quamvis eos qui tertio edicto vocati minime respondere voluerunt, legum severitas obnoxios faciat coetibus curiarum, tamen humaniorem placuit sequi viam et eos admonere edicto, ut intra triginta dies sui praesentiam faciant. Quodsi intra hoc tempus neglexerint vel sui praesentiam facere vel defensorem ad iudicia mittere, qui absentiae eorum iustas allegationes deponat, sententia super his lata sine aliquo cunctamine convalescat (Constantius ao 338).

bedeutend sind, aber doch in engster Verbindung stehen, so dass die Römer keinen Anstand nehmen, beide Ausdrücke promiscue für einander zu gebrauchen. Deutlicher gesprochen: auf Grund der Wieding'schen Untersuchungen[1]) bin ich der Ansicht, dass edictum nicht den heutigen Sinn einer Edictalcitation hat, sondern dass es den Ladungsbefehl des Magistrats (die auctoritas) bedeutet und dass dieser Ladungsbefehl vom Kläger dem Beklagten behändigt wird, so dass der Kläger eine denuntiatio ex auctoritate vornimmt[2]). Mit anderen Worten: das Contumacialverfahren ist ein mit Denuntiation eingeleiteter Process.

Die erste Ladung beschreibt Ulpian mit folgenden Worten:

> l. 68 D. de iud. 5, 1: Ad peremtorium edictum hoc ordine venitur, ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum.

Einer Interpretation bedürfen die Worte „post absentiam adversarii". Absentia hat als juristisch technischer Begriff (in Gesetzen, in juristischen Schriften) einen zweifachen Sinn; der erstere wird angegeben in

> l. 199 D. de verb. sign. 50, 16: *absentem accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo petitur;* non enim trans mare absentem desideramus, et si forte extra continentia urbis sit, abest; cete-

---

[1]) Wieding, Libellpr. § 21. Seine Ansicht ist auch von Wetzell, Civilpr. S. 909 (der 3. Aufl.) angenommen worden.

[2]) Bloss darin weiche ich von Wieding und Wetzell ab, dass ich in der Redeweise denuntiationibus et edictis literisque (l. 26 § 9 D. de fideic. lib. 40, 5) unter literae nicht das an die Ortsbehörde gestellte Ersuchen um *Vollziehung der Ladung* verstehe, sondern das Ersuchen um *Anwendung der Zwangsmittel* (s. oben S. 20).

rum usque ad continentia non abesse videbitur, si non latitet[1]).

Hiernach bedeutet absentia die Abwesenheit vom Klagort, diesen genommen in dem Sinn eines politischen Gemeinwesens.

Die zweite Bedeutung findet sich in zwei speciellen Anwendungen, nämlich bei Gelegenheit der Behandlung des sctum Dasumianum und der damni infecti cautio. Von der ersteren heisst es in

l. 51 §§ 4. 5. D. de fideic. libert. 40, 5: Senatusconsulto Dasumiano cautum est ut, si ex iusta causa absit, qui fideicommissam libertatem debet, et hoc pronuntiatum fuerit, perinde libertas competat, atque si ut oportet ex causa fideicommissi manumissus esset (§ 5). *Abesse autem is intelligitur qui a tribunali abest.*

Danach ist absens derjenige, welcher sich in iure nicht einfindet, und zwar (müssen wir ergänzen), trotzdem er geladen ist; dies ergiebt sich nicht bloss aus der Natur der Sache, sondern auch aus den Ausführungen Ulpians über das verwandte sctum Rubrianum in l. 26 §§ 7. 9. eod. 40, 5. — Wenn es nun bei Gelegenheit der Erörterung der damni infecti cautio heisst:

l. 4 § 5 D. damno inf. 39, 2: Praetor ait: dum ei qui aberit prius domum denuntiari iubeam. *Abesse autem videtur et qui in iure non est;* quod et Pomponius probat (Ulp.),

so ist es klar, dass das Wörtchen et (in der Phrase: et qui in iure non est) darauf hinweist, dass die Absentia zwei Bedeutungen habe: Nichtanwesenheit in iure (in tribunali) und in loco in quo petitur.

Welche Bedeutung haben nun die Worte post absentiam in l. 68 D. de iud. 5, 1?

[1]) Ebenso l. 173 § 1 eod.

Die Partikel post erweist, dass absentia nicht als ein Zustand, sondern als ein in der Vergangenheit liegender Umstand zu fassen ist. Damit ist von selbst gegeben, dass post absentiam die Nichtanwesenheit im Gericht und nicht im Klagort bedeutet; letzteren Falles hätte der Jurist propter absentiam schreiben müssen. Dann gelangt unsere Untersuchung zu folgendem Resultat: der ersten Ladung ex auctoritate ist eine Ladung suo nomine vorangegangen [1]). Das steht vollständig mit den Grundsätzen im Einklang, die auf S. 12 auf Grund der Vaticanischen Fragmente bezüglich des Excusationsprocesses der Vormünder entwickelt worden sind.

Eine andere Interpretation von post absentiam findet sich bei Hartmann [2]). Nach dem Vorgange von Cujacius nimmt er an, „dass der Beklagte früher einmal anwesend gewesen sein müsse“, denn wäre an einen Fall der einfachen Absentia gedacht, so würde es wohl kurzweg absente adversario heissen, und ebensowenig würde alsdann in l. 70 eod. vom Beklagten gesagt werden können, dass das Peremtorium ihn am ultra adversarium tergiversari verhindere. Diese Erklärung hat offensichtlich darin ihren Grund, dass Hartmann mit dem Gegensatz von denuntiatio suo nomine und ex auctoritate unbekannt war; er fühlt, dass die Partikel post nicht ohne Grund gebraucht ist, aber er missversteht ihren Sinn; er missdeutet nicht minder die Worte quod peremtorium ultra non pateretur adversarium tergiversari; ihr Sinn ist unzweifelhaft, dass nach drei vergeblichen Ladungen ex auctoritate und nach ergangenem Peremtorium fernerhin der Beklagte sich dem Anspruch des Klägers nicht entziehen kann; dabei ist

---

1) So auch Wieding, Libellpr. S. 553.
2) Contumacialverf. S. 127; vgl. auch S. 169.

es geradezu undenkbar, dass der Beklagte sich einmal im Anfang dem Gericht gestellt haben sollte, denn dann hätte man ja zu einer Verhandluug schreiten können.

2. § 7. Die zweite und dritte Ladung.

Sind meine in §§ 4. 5. gegebenen Ausführungen richtig, so wird der Beklagte nicht zu einem bestimmten Kalendertage vorgeladen, sondern der Tag bestimmt sich nach der Entfernung vom Gerichtsort; der Beklagte hat in derjenigen sessio pro tribunali zu erscheinen, welche nach Zurücklegung dieser Entfernung statt hat. Mag auch die correspondirende Reisezeit (zwanzig Millien pro Tag) vom Gesetzgeber reichlich bemessen sein, so geht doch der Gesetzgeber immer von dem Gedanken aus, dass der Beklagte die Reise sofort beginnen müsse, wenn er aber am Gerichtsort anwesend ist, so befiehlt der Gesetzgeber, dass er sofort in der nächsten sessio pro tribunali zu erscheinen habe. Dass dies hart ist, liegt auf der Hand. Es wird die Härte beseitigt durch die Vorschrift der l. 69 D. de iud. 5, 1, wonach die zweite Ladung erst nach Verlauf von zehn Tagen beantragt werden kann:

> l. 68 l. 69 D. de iud. 5, 1: mox alterum per intervallum non minus decem dierum.

Das heisst: die sessiones pro tribunali, welche innerhalb der zehn Tage stattfinden, welche nach Zurücklegung der Entfernung verlaufen (bei Anwesenden im Gerichtsort sind es die nächsten zehn Tage nach der Behändigung der Ladung), stehen dem Beklagten noch immer zum Erscheinen und Antworten offen [1]). Die

---

[1]) Dass auch im contradictorischen Denuntiationsprocess der Beklagte noch in den nächsten Tagen erscheinen konnte, dar-

herrschende Meinung, welche den von mir aufgestellten Grundsatz nicht kennt, ist völlig ausser Stande, die zehntägige Frist zu erklären. Es hat Sinn (was Justinian in Nov. 53 c. 3 pr. berichtet), dass nach dem damaligen Rechte der Beklagte nach der Insinuation des libellus conventionis zehn Tage zur Ueberlegung hatte, dass er nach Ablauf der zehn Tage den Libell unterschreiben und die cautio iudicio sisti stellen musste; es hat Sinn, wenn Justinian diese Frist auf zwanzig Tage erhöht; die Meinung des Gesetzgebers ist, es solle der Beklagte in der Zwischenzeit die Begründung der Klage prüfen, die Schuld anerkennen, die Abschliessung eines Vergleichs versuchen u. dgl. mehr [1]). Allein die Frist der l. 69 cit. ist ja keine dem Beklagten, sondern dem Kläger gesetzte Frist, und sie ist unverständlich, wenn nicht die Beschränkung des Klägers zugleich einen Vortheil für den Beklagten enthält. Freilich werden die Anhänger der herrschenden Ansicht einen solchen Vortheil des Beklagten deduciren; indem nämlich der Kläger die zweite und folgenden Ladungen erst nach zehn Tagen beantragen darf, werde das Contumacialverfahren verlangsamt. Das ist das richtige Wort: Verlangsamung des Contumacialverfahrens. Man braucht es aber bloss auszusprechen, um sofort den Widersinn zu erkennen, den man dem Gesetzgeber unterschiebt. Denn nicht Verlangsamung des Processes, sondern Sicherung des Beklagten gegen eine überhastete, auf die Zufälligkeiten, an denen das Leben überreich ist, nicht Rücksicht nehmende Procedur ist die Aufgabe des das Contumacialverfahren regelnden Gesetzgebers; daher die vier Ladungen, später die drei Ladungen.

über s. l. 8 D. si quis caut. 2, 11, die ich oben S. 36 behandelt habe.

[1]) S. Nov. 53 c. 3 pr. § 1.

Aber kein Grund liegt vor, das klägerische Recht zur Ladung, trotzdem es durch das Nichterscheinen des Beklagten gerechtfertigt ist, lediglich aus Verschleppungsrücksichten hinauszuschieben. Meine Deduction bietet solchen Angriffen keinen Anlass und ruht auf besseren Motiven. Der Termin zum Erscheinen war nicht absolut auf einen Kalendertag bestimmt, sondern er war die nächste sessio pro tribunali. Der Gesetzgeber mag zu dieser Bestimmung durch Analogie zur in ius vocatio gelangt sein; bei der in ius vocatio, bei welcher der Kläger den Beklagten unmittelbar vor sich sah, musste der letztere *sofort* folgen; bei der denuntiatio, bei welcher der Kläger des Beklagten möglicher Weise nicht ansichtig wurde (denn sie konnte auch an einen Vertreter, an einen Abwesenden erfolgen), erschien es analog, ihn zur *nächsten* sessio pro tribunali zu laden. Aber die Bestimmung war hart und bedurfte einer Modification. Denn von Ortsanwesenden kann man doch schwerlich verlangen, dass sie, wenn z. B. die nächste sessio pro tribunali am folgenden Tage nach der Ladung stattfindet, alle ihre Geschäfte stehen und liegen lassen, um sich auf das Gericht zu verfügen. Noch härter erscheint das Verlangen gegenüber Abwesenden, dass sie die Reise nach dem Gerichtsort sofort antreten sollen; bei ihnen ist aber ausserdem ein Fehler in der Berechnung in Rücksicht zu ziehen, welcher möglich war, trotzdem in der unter Augustus von Agricola angefertigten Karte sämmtliche Entfernungen im Reiche genau festgestellt waren [1]). Deshalb glaube ich behaupten zu müssen, dass die zehntägige Frist nicht erst später durch eine nachsichtige Praxis hinzugefügt, sondern dass sie sofort bei Einführung des Contumacialurtheils angeordnet worden ist.

---

[1]) S. hierüber die zusammenfassende Darstellung bei Marquardt, Röm. Staatsverwaltung Bd. 2 S. 207 ff. der 2. Aufl.

In der bisherigen Darstellung bin ich von der bisher herrschenden Auffassung der l. 69 cit. ausgegangen. Dieselbe ist aber in ausführlicher Polemik von Wieding bestritten worden [1]. Einerseits wendet er gegen die herrschende Auffassung ein, dass sie die Worte „*per* intervallum non minus decem dierum" für gleichbedeutend hält mit „*post* intervallum", und dies sei unzulässig. Andererseits stellt er die Behauptung auf, dass es nicht drei zehntägige Edictsfristen gegeben habe, sondern drei dreitägige und durch eine eigenthümliche (unten zu prüfende) Zählung gelangt er dahin, diese drei dreitägigen Fristen unter den decem dies der l. 69 cit. zu verstehen.

Ich halte beide Argumente für unbegründet.

Die Identificirung von per und post lässt sich sprachlich gut begreifen; nicht als wenn ich behaupten wollte, dass sie *immer* gleichwerthig seien, sondern dass unter bestimmten Voraussetzungen die Präposition per den Sinn von post erlangt. Dies findet nämlich dann statt, wenn der Ablauf eines Zeitraums die nothwendige Voraussetzung einer Handlung ist, der Ablauf des Zeitraums also als Mittel, um eine gewisse Befugniss zu erwerben, gedacht werden kann. So aber liegt die Sache im vorliegenden Falle: die zweite Ladung darf nicht vor zehn Tagen erbeten werden, der Ablauf der zehn Tage ist das Mittel, durch welches der Kläger berechtigt wird, die zweite Ladung zu beantragen. Es sei gestattet, darauf hinzuweisen, dass in Folge ähnlichen Gedankenganges die Präposition per auch die Bedeutung von gemäss, zufolge erhält; z. B. wenn der Soldat per constitutiones principales ius ignorare potest [2],

[1] Libellpr. S. 475—486.

[2] l. 9 § 1 D. de iuris et facti ign. 22, 6.

wenn ein Legatar amplius ceperit quam per legem Falcidiam licet [1]).

Unzweifelhaft unrichtig erscheint mir die von Wieding gegebene positive Erklärung des zehntägigen Intervalls; der einzige Umstand, der für sie zu sprechen scheint, besteht in der Uebersetzung des per intervallum; Wieding versteht darunter „*während* eines Zeitraumes", aber dass sie nicht die allein zulässige ist, suchte ich soeben nachzuweisen. Im Einzelnen ist die Wieding'sche Argumentation die folgende:

Nach der consultatio veteris Icti VI. 2 (also einer Arbeit, die wahrscheinlich erst aus dem 6. Jahrhundert stammt [2]), hat der Beklagte nach der editio actionis drei Tage Bedenkzeit, am vierten Tage muss er antworten. Nun setzt Wieding diese Zeitbestimmungen bereits in die classische Zeit, und er deducirt, dass vor Ablauf der drei Tage eine neue Ladung nicht beantragt werden kann. Indem er dann weiter den Fall annimmt, dass der Beklagte am Gerichtsorte wohnt, und dass der Kläger deshalb noch am Tage der Beantragung die Expedition und Insinuation erlangt, so folgert er, dass Kläger „erst am *vierten* Tage die zweite und am *siebenten* Tage die dritte" Ladung beantragen kann. „Will er auch noch so schleunig processiren, er muss dem Beklagten mit den drei Decreten bis zum zehnten Tage Frist lassen, und so impetrirt er nicht in einer Frist, sondern in einem *Zeitraum*, der wegen der dem Beklagten durch die Edicte gewährten dreitägigen Fristen nicht kürzer wie zehn Tage ist, drei Edicte" [3]) (S. 483).

---

[1]) l. 31 D. ad l. Falc. 35, 2.

[2]) S. Karlowa Röm. Rechtsg. Bd. 1 S. 975; er hält sie mit Recht für jünger als die lex Romana Visigothorum und Burgundionum.

[3]) An einer Stelle seines Buchs argumentirt Wieding anders; er schreibt S. 448: „Aber auch bei drei Denuntiationen halte ich

Aber wer sieht nicht, dass die von Wieding angestellte Rechnung falsch ist? Wenn nämlich die zweite Ladung erst am *vierten* Tage beantragt, expedirt und insinuirt wird, so läuft die dreitägige Frist erst am siebenten Tage ab, und die dritte Ladung kann erst am *achten* Tage beantragt, expedirt und insinuirt werden, dann läuft die dritte dreitägige Frist erst am *elften* Tage ab.

Uebrigens hat Wieding bei der Berechnung noch einen doppelten Fehler gemacht, den ich registriren muss, um festzustellen, dass selbst nach einer Correctur das von Wieding angestrebte Resultat sich nicht ergiebt.

Der erste Fehler betrifft die Zählung des Anfangstages. Wenn nämlich die zehntägige Frist sich auf sämmtliche drei Ladungsanträge bezieht, so muss der Tag, an welchem die erste Ladung beantragt wird, mitgezählt werden, und es fällt der Tag des zweiten Ladungsantrags auf den *fünften*, der des dritten auf den *neunten* Tag, und die dreitägige Frist der dritten Ladung läuft erst am *zwölften* Tage ab.

---

es für völlig begründet, dass der vierte und siebente Tag, obwohl sie zur Antwort bestimmt sind, bei der folgenden Denuntiation zugleich als Ueberlegungstage gerechnet werden können. Denn wenn der Beklagte die Antwort nicht ertheilt, so kann noch am selbigen Tage das neue Decret gegen ihn impetrirt und auch insinuirt werden, und somit kann für ihn die Ueberlegung noch am selbigen Tage aus den folgenden Decreten wieder beginnen." Diese Argumentation ist falsch; die Römer kennen keine Vorladung zu dem 1. April Morgens 9¼ Uhr (wie heut zu Tage), sondern, wie selbst die herrschende Meinung annimmt, zum 1. April. Solange die Gerichtsstunden des 1. April dauern, kann der Beklagte erscheinen und antworten; der Kläger kann demnach nicht in der sessio pro tribunali des 1. April das zweite Decret beantragen, expedirt erhalten und insinuiren.

Der zweite Fehler bezieht sich auf die Berechnung des letzten Tages. Es handelt sich um den Zeitraum, innerhalb welches der Kläger die drei Ladungen *beantragen* kann; dann ist nach Wieding der siebente, wie aber soeben gezeigt, entweder der achte oder der neunte Tag derjenige, an welchem die dritte Ladung verlangt werden darf; die dreitägige Frist, welche nach der dritten Ladung läuft, kann unmöglich in die Frist eingerechnet werden, innerhalb welcher der Kläger die drei Ladungen *beantragen* darf.

Kurz, wie man auch rechnet, ob richtig, ob fehlerhaft: das Wiedingsche Resultat kommt niemals heraus.

So brauche ich denn die übrigen gegen Wieding sprechenden Argumente nur kurz zu berühren. Das erste ist, dass die l. 69 cit. in der Wieding'schen Auffassung eine ganz andere Stellung erhält, als welche ihr die Compilatoren gegeben haben; nach Wieding bezieht sie sich auf sämmtliche Ladungen zusammengenommen, nach den Compilatoren auf jede einzelne Ladung. Das zweite Argument ist, dass auch in der späteren Zeit die dreimal zehntägige Ueberlegungsfrist in wiederholten Anwendungen wiederkehrt; vgl. l. 8 § 7 C. de del. 10, 11; l. 13 § 2 C. de iud. 3, 1; wie denn auch Justinian in Nov. 53 c. 3 pr. die zehntägige Ueberlegungsfrist sofort an die erste Ladung anknüpft.

3. § 8. Das Peremtorium.

Ist auch die dritte Ladung erfolglos, so ergeht das Peremtorium; von diesem heisst es in l. 71 D. de iud. 5, 1:

> In peremtorio autem comminatur is, qui edictum dedit, etiam absente diversa parte cogniturum se et pronuntiaturum.

Es ist, wie ich schon oben S. 45 ausführte, der schärfste Angriff auf das Geschworeneninstitut, welcher schon vor Diocletian ergangen ist; alle Contumacialurtheile werden der cognitio praetoria überwiesen. Allerdings ist die klägerische Partei daran nicht unbetheiligt; denn nur wenn Kläger zur litis denuntiatio greift, treten die Edicte und in ihrem Gefolge die magistratualische Prüfung der Sache und Urtheilsfällung ein; in ius vocatio und vadimonium können unmöglich dazu führen. Mit anderen Worten: der mit dem Contumacialurtheil ausgehende Contumacialprocess ist durchweg Denuntiationsprocess.

Für das Peremtorium, sein Wesen und seinen Inhalt, geben nun zwei Leges vollen Aufschluss, welche mir bisher nicht voll beachtet oder nicht richtig interpretirt zu sein scheinen; es sind dies l. 23 § 3 D. de app. 49, 1 und l. 73 pr. D. de iud. 5, 1.

> l. 23 § 3 cit.: Eum qui cognovit edictum peremtorium secundum ordinis causam dati placuit non recte provocasse, quum in eius potestate fuerit, ante diem praestitutum pro tribunali respondentem aut defensum edicti denuntiationem rumpere (Papin.).
>
> l. 73 pr. cit.: Et post edictum peremtorium impetratum, quum dies eius supervenerit, tunc absens citari debet, et sive responderit sive non responderit, agetur causa et pronuntiabitur, non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet (Ulp.).

Die l. 23 § 3 cit. spricht den bekannten Satz aus, dass contumax non appellat; sie knüpft ihn an die Bedingung, dass der Erlass des Peremtorium zur Kenntniss des Beklagten gekommen sein muss[1]), und sie motivirt

[1]) Es hat also der Anschlag ad domum oder die Behändigung an einen Vertreter nicht genügt; die gegentheilige Aus-

ihn damit, der Beklagte hätte sollen ante diem praestitutum pro tribunali respondentem aut defensum edicti denuntiationem rumpere.

Also: ein dies, ein bestimmter Kalendertag war im Peremtorium anberaumt, aber — — dieser Kalendertag war keineswegs für die Antwort des Beklagten bestimmt, vielmehr sollte dieser vorher (ante diem praestitutum) antworten [1]).

Weiter unten werde ich zeigen, dass ganz dasselbe in l. 73 pr. überliefert wird; auch nach dieser Lex ist der dies peremtorii nicht für die Antwort des Beklagten anberaumt, vielmehr muss der Beklagte *vorher* antworten.

Für die herrschende Meinung sind diese Aussprüche unerklärlich; anders nach meinen Ausführungen über die sessiones pro tribunali. Auch im Peremtorium wird der Beklagte nicht zu einem bestimmten Antwortstermin geladen [2]), sondern er wird zur Antwort geladen, und er kann demgemäss in jeder sessio pro tribunali erscheinen und antworten; Papinian deutet dies selbst dadurch an, dass er nicht einfach respondentem schreibt, sondern pro tribunali hinzufügt. Ich bemerke auf Grund meiner früheren Ausführungen, dass die Sache

---

führung Wiedings (Libellpr. S. 610. 615) ist unhaltbar; die l. 2 D. de naut. foen. 22, 2 bietet hierfür keine Stütze, das Wort petitio hat nicht bloss die Bedeutung von Klageerhebung.

[1]) Eine ganz andere Erklärung der l. 23 § 3 cit. giebt Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. 2 S. 777 Note 107; danach wird das Contumacialurtheil gegen den Abwesenden dadurch abgewandt, wenn er rechtzeitig seine Abwesenheit entschuldigt. Materiell ist dieser Satz richtig, nur dass nicht er, sondern etwas ganz anderes in l. 23 § 3 cit. steht.

[2]) Umsomehr ist die Behauptung Wieding's (Libellpr. S. 482) unrichtig, dass, weil im Peremtorium von einem dies superveniens die Rede sei, derselbe auch in den vorhergehenden Edicten vorkomme.

keineswegs so zu denken ist, als ob der Beklagte allein erschienen wäre, sondern der Kläger musste all den sessiones pro tribunali, die nach der Beendigung der Reise zum Wohnort des Beklagten statt hatten, gleichfalls anwohnen, mit anderen Worten: wenn der Beklagte in einer sessio pro tribunali erschien, so war die Verhandlung eine zweiseitige.

Was aber bedeutet der dies peremtorii? Darauf antwortet die l. 73 pr. cit.:

agetur causa et pronuntiabitur.

Das heisst: nunmehr schreitet der Magistrat zur Prüfung des klägerischen Anspruchs, zur Beweisaufnahme, zur Urtheilsfällung. Und zwar geschieht dies:

sive responderit sive non responderit absens.

Man beachte wohl das Perfectum „responderit"; wäre der Termin zur Antwort seitens des Beklagten bestimmt, so hätte Ulpian schreiben müssen: sive respondeat sive non respondeat; das Perfectum geht auf die in den *vorhergehenden* sessiones pro tribunali zulässige Antwort des Beklagten.

Nunmehr lässt sich der Inhalt des edictum peremtorium (der vierten Ladung mit denuntiatio ex auctoritate) als ein doppelter normiren.

Zuerst enthält es eine Ladung des Beklagten und zwar dahin, in einer sessio pro tribunali zu erscheinen und zu antworten. Dies allein war der Inhalt der vorhergehenden drei Ladungen; es genügte bei ihnen dieser Inhalt, denn wenn der Beklagte in der durch Berechnung der Entfernungen (per dinumerationem vicenum milium passuum, fr. Vat. 162. 163) zu findenden sessio pro tribunali und auch in den sessiones pro tribunali der nächsten zehn Tage sich nicht gestellt hatte, so war der Kläger befugt, eine fernere Ladung zu beantragen. Allein wenn vier Ladungen vergeblich ergangen waren, so sollte die Sache endlich erledigt

werden. Deshalb musste im edictum peremtorium noch ein *zweites* verordnet werden: es musste der dies peremtorii für die Verhandlung der Sache unter Ausschluss aller Exceptionen des Beklagten anberaumt werden. Der Beklagte wird daher im Peremtorium zur *weiteren Verhandlung der Sache* geladen:

> l. 1 C. quorum app. non rec. 7, 65: Eius qui per contumaciam absens, *cum ad agendam causam* [1]) *vocatus esset*, condemnatus est negotio prius summatim perscrutato [2]) appellatio recipi non potest (Antoninus a. 213).

Der dies peremtorii ist also nicht für die Antwort des Beklagten angesetzt (vielmehr findet man die hiefür bestimmte sessio pro tribunali durch Berechnung der Entfernungen), sondern für die weitere Verhandlung der Sache. Wahrscheinlich wurde er nicht so normirt, dass er unmittelbar auf die durch Berechnung der Entfernungen zu findende sessio pro tribunali folgte, sondern gleichwie bei den ersten drei Ladungen dem Beklagten noch die sessiones pro tribunali von wenigstens zehn Tagen offenstanden, so nahm wahrscheinlich der Prätor bei Ansetzung des dies peremtorii auf die Billigkeit Rücksicht, und er liess zwischen jener durch Berechnung zu findenden sessio pro tribunali und dem dies peremtorii eine gewisse Zeit verstreichen.

Hat der Beklagte vor dem dies peremtorii nicht geantwortet, so ist er mit seinen Exceptionen ausgeschlossen. Allein sein Erscheinen in der am dies peremtorii stattfindenden Verhandlung ist keineswegs

---

[1]) Man erinnere sich der Worte in l. 73 pr. cit.: agetur causa.

[2]) Zu diesen Worten vgl. Briegleb, Einl. in die Theorie der summar. Processe §§ 63. 64; Wetzell, Civilpr. § 29 Note 13 (3. Aufl.)

unzulässig; je nachdem er erscheint oder nicht, ist die Verhandlung zweiseitig oder einseitig; deshalb heisst es in l. 73 pr. cit.:

tunc absens citari debet,

d. h. der Beklagte wird vom Praeco aufgerufen [1]). Das weitere Verfahren, namentlich die Unterscheidung der Urtheile in act. in personam und in rem interessirt hier nicht, und wird daher von mir nicht verfolgt. Es soll nur noch einer merkwürdigen Bestätigung unserer Darstellung in der appendix aucta l. Roman. Visigoth. [2]) gedacht werden; hier wird das peremtorium edictum mit folgenden Worten formulirt:

> Quia ille secundum normam iuris ac legum ad audientiam per admonitionem nostram trinis est literis evocatus et faciente contumacia iudiciis adesse dispexit, ideo per huius edicti inclamationem eum adhuc ad audientiam venire compellimus, ita ut si intra viginti et septem dies ad iudicium nostrum venire contempserit, nos adversum se secundum leges in contumacem ferre sententiam recognoscat.

Hier werden folgende Theile des Verfahrens geschieden: zuerst drei Ladungen, sodann vierte Ladung zum Antworten innerhalb 27 Tagen, hierauf Contumacialurtheil. Die vierte Ladung geht also nicht auf einen bestimmten

---

[1]) Ob der Aufruf drei Mal geschehen ist, wie Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. 2 S. 775 N. 100 behauptet, das mag dahin gestellt bleiben. In der dafür citirten l. 8 C. quom. et quando iudex 7, 43 kann ter citatus auf die drei Ladungen bezogen werden (denn citare bedeutet nicht bloss aufrufen, sondern auch vorladen), dahingegen war in Criminalsachen ein dreimaliger Aufruf vorgeschrieben; vgl. Geib, Röm. Criminalprocess S. 593.

[2]) Ausg. von Haenel p. 454; ich citire nach Rudorff, Röm. Rechtsg. Bd. 2 § 94 N. 16. Die Hänelsche Ausgabe habe ich hier nicht erlangen können.

Tag, vielmehr kann der Beklagte an jedem der 27 Tage erscheinen, der bestimmte Tag ist der zur Beweisaufnahme und Urtheilsfällung angesetzte, und zwar der auf den sieben und zwanzigsten folgende. Wieding hat bestritten, dass das Formular ein echt Römisches sei und zwar deshalb, weil die sieben und zwanzig Tage nirgends im Römischen Recht als peremtorische Frist vorkommen [1]). Allein einerseits halte ich die siebenundzwanzig Tage nur für beispielsweise gewählt, andererseits wird selbst Wieding nicht bestreiten, dass das Formular nach einem Römischen Vorbild gearbeitet ist, und das genügt, um daraus eine Bestätigung meiner Ausführungen über das Peremtorium zu entnehmen.

4. § 9. Marc Aurel, der Schöpfer des Contumacialurtheils. Aurelius Victor de Caesar. c. 16.

Jetzt bin ich dahin gelangt, den Kaiser Marc Aurel als den Schöpfer des auf Grund mehrfacher Ladungen ergehenden Contumacialurtheils bezeichnen zu dürfen. Es ist dies der, wie mir scheint, unzweifelhafte Sinn der vielbesprochenen Worte von Aurelius Victor de Caesar. c. 16:

> Legum ambigua mire distincta vadimoniorumque sollemni remoto denuntiandae litis opperiendaeque ad diem commode ius introductum.

Legum ambigua mire distincta. Es bestand also eine Streitfrage, welche von Marc Aurel entschieden wurde. Näheres über den Streit giebt der Schriftsteller nicht an; ist die Auslegung, die ich von dem Bericht des Aurelius Victor geben werde, richtig, d. h. bezieht sich das Gesetz des Kaisers Marc Aurel auf das Contumacialurtheil, so müssen schon vor Marc Aurel ge-

[1]) Libellpr. S. 547.

wisse Bestrebungen vorhanden gewesen sein, auf Grund der Litisdenuntiation ein Contumacialurtheil ergehen zu lassen; aber diese Bestrebungen hatten wegen „der Zweifelhaftigkeit der Gesetze“ keinen Erfolg. Suchen wir hier der Sache näher auf den Grund zu gehen, so können natürlich nur Vermuthungen ausgesprochen werden; irre ich nicht, so handelte es sich dabei um Folgendes. Es bestand seit alten Zeiten sowohl die litis denuntiatio suo nomine als auch die ex auctoritate (— dies nehme ich als durch Wieding festgestellt an, s. ferner unten §§ 12. 13 —); die denuntiatio ex auctoritate konnte nun durch pignoris capio, multae dictio, ja durch prensio verwirklicht werden. Aber wer sieht nicht, dass die Prensio auf *alle* Vermögensstreitigkeiten angewendet völlig undurchführbar war? Dies aber zugegeben, so bleibt die Pfändung und Multirung übrig, und diese brachten eben den Kläger in keiner Weise vorwärts, so dass dieser wohl sich beklagen und den Prätor verspotten mochte, dass er das aufsätzige Verhalten des Beklagten zwar zum Besten der Staatskasse, nicht aber zu seinem (des Klägers) Vortheil verwende. So mochte also der Gedanke ausgesprochen werden, es gezieme sich, den Widerstand des fortgesetzt ungehorsamen Beklagten durch Urtheil zu brechen; aber der Gedanke liess sich nach den bestehenden Gesetzen nicht verwirklichen, sie waren eben unzureichend, sie gestatteten bloss Pfändung, Multirung, Verhaftung. — Vielleicht wies man auch darauf hin, dass in Fällen der fideicommissaria libertas die Denuntiation zu wirklicher Freilassung führe (s. unten § 13). Wie dem aber auch sei, jedenfalls erfahren wir aus den Worten „legum ambigua mire distincta“, dass das Gesetz des Kaisers Marc Aurel nicht völlig unvorbereitet war, vielmehr war es in Debatten von Juristen und Privaten bereits angestrebt worden.

Vadimoniorumque sollemni remoto. Kein Gewicht lege ich auf das Wort sollemni; es wird dadurch nicht die Feierlichkeit, die Förmlichkeit der Vadimonien als eine Beschwerde bezeichnet, vielmehr bedeutet sollemnis oft genug in Juristenfragmenten und Kaiserconstitutionen das Herkömmliche, Gewohnheitsmässige (— einzelne Stellen anzuführen, ist überflüssig —), und dass das Vadimonium die gewöhnliche Einleitungsform der Processe war, ist anerkannt, man mag im Uebrigen über den Streit, ob die in ius vocatio ziemlich häufig oder so gut wie gar nicht angewendet wurde[1]), denken wie man will. — Von Bedeutung ist dagegen das Wort remoto; dass es nicht Aufhebung, Unterdrückung, Beseitigung, sondern Entfernung bedeutet, ist schon von Anderen hervorgehoben worden[2]); was aber entfernt worden ist, ist noch vorhanden, wenngleich nur in der Entfernung. Dass nun Vadimonien auch nach Marc Aurel vorkommen, ist bekannt[3]); kurz, vadimoniorum sollemni remoto bedeutet bloss, dass in Folge des Gesetzes des Kaisers Marc Aurel das Vadimonium seine bisherige Allgemeingiltigkeit verlor und nur noch selten (z. B. unter solchen Anwesenden, welche einander ein rücksichtsvolles Benehmen schuldeten) angewendet wurde.

Denuntiandae litis opperiendaeque ad diem commode ius introductum. Der grosse Fehler, welchen die bisherigen Interpreten gemacht haben, liegt darin, dass sie die Worte opperiendaeque litis ad diem entweder gar nicht berücksichtigt oder falsch übersetzt haben;

[1]) Siehe einerseits Hartmann, Contumacialverf. S. 223 ff., andererseits Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 2 § 83 N. 16—20.

[2]) Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 2 § 83 N. 33. Anders Wieding, nach dessen Meinung Marc Aurel die Vadimonien ganz unterdrückt hat (Libellpr. S. 588).

[3]) Coll. II., 6 § 1 von Paulus; Amm. Marc. 30, 4.

ersteres führte zu dem offensichtlichen Irrthum, als wenn das Gesetz M. Aurel's in den Worten denuntiandae litis erschöpft würde; letzteres entsprang aus der unglaublichen Verwechselung von ad diem und die; unser Schriftsteller hat ad diem geschrieben; das heisst nicht: der Streit soll *an* einem bestimmten Tage erwartet werden, sondern es soll dies *bis zu* einem bestimmten Tage erfolgen; Aurelius Victor denkt an den dies peremtorii, den einzigen Kalendertag, welchen wir im Contumacialverfahren gefunden haben; es ist der endliche Gerichtstag, welcher unbedingt zum Beginn des Verfahrens führt, aber ihm gehen die zahlreichen sessiones pro tribunali der vier Ladungen ex auctoritate voraus; in ihnen allen konnte der Beklagte erscheinen, und dann wurde die Verhandlung sofort begonnen. Daher schreibt er: opperiri litem ad diem. Dieses opperiri litem fand nicht statt, wenn der Streit mit in ius vocatio oder vadimonium, sondern nur, wenn er mit litis denuntiatio eröffnet war. Also nicht das berichtet Aurelius Victor, dass M. Aurel die litis denuntiatio eingeführt habe, sondern dass er mit der Litisdenuntiatio ein an einem bestimmten Tage zum Contumacialurtheil führendes opperiri litem verbunden habe. Das opperiri litem bezeichnet Aurelius Victor als commode [1]); entweder geht dies darauf, dass der Kläger in den einzelnen Sitzungen (ausser dem dies) nichts zu thun hatte, oder (was ich vorziehe) darauf, dass das ganze opperiri litem im Vergleich mit der missio in bona und ihren Consequenzen ein tausend Mal bequemeres Processverfahren war.

Ich werde später die besonderen Gründe, welche für

---

[1]) Hartmann, Contumacialverf. S. 149 N. 24 zieht commode zu ius und spricht von einem commodum ius — offenbar willkürlich.

und gegen die Autorschaft M. Aurels sprechen, behandeln (§ 10). Gegenwärtig will ich die Ansichten unserer Schriftsteller über die Stelle von Aurelius Victor kurz anführen.

Puchta[1]), Keller[2]), Bethmann-Hollweg[3]) und Voigt[4]) sind diejenigen, welche die Worte opperiendaeque litis ad diem völlig übersehen und demgemäss den Kaiser M. Aurel bloss als Schöpfer der Litisdenuntiation ansehen; Keller sprach dabei Zweifel aus, Bethmann-Hollweg trat solchen Zweifeln entgegen; da er aber keine Gründe angab, so zog Lenel die Consequenz und leugnete eine Reform Marc Aurels ganz und gar[5]).

Hartmann ist derjenige Schriftsteller, welcher ad diem mit die verwechselt[6]). Die Litisdenuntiation datirt er schon vor M. Aurel, aber (schreibt er) „nach altrömischer Gerichtsverfassung war es nicht leicht, zur wirklichen Anstellung der Klage zu gelangen; man musste nicht allein mit Rücksicht auf die Processverjährung den Antritt des neuen Magistrats abwarten, sondern es wurde nun auch erst durch das Loos entschieden, in welcher Reihenfolge die einzelnen Processe vorkommen sollten; die Richter sassen wieder nur zu bestimmten Zeiten des Jahres und beim Contumacialgericht stand es nicht selten noch ärger. In diesen Verhältnissen führte Marc Aurel bedeutende Verbesserungen herbei, namentlich durch Vermehrung der

---

[1]) Instit. § 160 bei Note r.

[2]) Civilpr. § 48.

[3]) Civilpr. Bd. 2 § 83 bei N. 29.

[4]) Voigt, Vadim. S. 366. Uebrigens betrachtet er den Kaiser nicht als Schöpfer, sondern als Erweiterer der Litisdenuntiation.

[5]) Zschr. f. Rechtsg. 15, 45. Anm. 83.

[6]) Contumacialverf. S. 148. 149. N. 24. Schon vor Hartmann findet sich dieselbe Anschauung bei Zimmern, Civilpr. § 117.

Gerichtstage; *die Parteien konnten wahrscheinlich in Folge dieser Verbesserungen von jetzt an mit Sicherheit darauf rechnen, an einem bestimmten Tage den Process zu eröffnen, und diese wichtige Neuerung ist es, welche dem Aurelius Victor im Sinne liegt*". Die Verwechselung von ad diem mit die liegt klar zu Tage.

Die Hartmann'sche Ansicht wurde zuerst von Rudorff acceptirt[1]); aber später stellte er eine neue Ansicht auf, nämlich, dass M. Aurel durch seine Oratio über die Ferien und Dilationen (l. 1. l. 2. l. 7 D. de feriis 2, 12) die unzeitige Anwendung der Litisdenuntiation verhütet habe[2]). Es liegt auf der Hand, dass Rudorff wieder wie Puchta, Keller, Hollweg die Worte von Aurelius Victor opperiendaeque ad diem völlig ausser Acht lässt; aus der Note 3 a. a. O. schliesse ich, dass er dem Schriftsteller das rechte Verständniss der Reform von M. Aurel abspricht; und das allerdings ist klar, dass die Rudorff'sche Ansicht sich mit dem Bericht des Aurelius Victor nicht verträgt; die Reform Marc Aurel's greift weit über die blosse Verhütung unzeitiger Anwendung der Denuntiation hinaus.

Zu den Schriftstellern, welche opperiendae litis ad diem mit die verwechseln, rechne ich auch Wieding[3]). Wiederholt spricht er davon, dass nach dem Gesetz von M. Aurel „die Streiterhebung zu einem bestimmten Termin erwartet werden sollte". Des Näheren ist Wieding's Ansicht folgende: Er denkt sich die denuntiatio, und zwar selbst die ex auctoritate, in republicanischer Zeit ganz in den Formen und mit der Wirkung der in ius vocatio[4]); demgemäss habe sie in

---

[1]) Zusatz zu Puchta Instit. § 160 N. r.

[2]) Rechtsg. Bd. 2 § 65.

[3]) Libellpr. S. 558. 586 ff.

[4]) a. a. O. S. 586. „Mithin kann die denuntiatio ex auctoritate in Ciceros und Horazens Zeitalter noch in ius vocatio in

der „Forderung sofortiger Folge bei Vermeidung der Gewalt bestanden, welche nur durch sofort auf die Ankündigung geleistetes Vadimonium für einen bestimmten Termin abgewandt werden konnte". Die Reform Marc Aurels habe nun darin bestanden, dass die Denuntiation fortan nicht zu sofortiger Folge verpflichtete, sondern bloss zum Erscheinen in einem künftigen Termin; auch sei die cautio iudicio sisti erst nach Ablauf der drei Edictsfristen (nach Wieding zusammen zehn Tage, s. oben S. 59 ff.) geleistet worden.

In der That, eine mehr als auffallende Behauptung: eine in ius vocatio ex auctoritate! Denn das ist es doch, was Wieding behauptet [1]). Derselbe Schriftsteller, welcher das Verdienst hat, die Denuntiation in republicanischer Zeit als Ladungsform festgestellt zu haben, hebt dieses Verdienst selbst wieder auf, indem er sie mit der in ius vocatio identificirt, ihr dieselben Formen und Wirkungen beilegt [2]). Und weiter fragt man: wozu denn eine in ius vocatio ex auctoritate? Denn die einfache in ius vocatio bewirkte doch schon das Recht der ductio ad praetorem; die in ius vocatio ex auctoritate konnte also ausserdem nur noch die Multirung oder Pfändung in Aussicht stellen (die Verhaftung war practisch undurchführbar [3]), s. oben S. 69); aber dieser Zusatz hatte keinen Grund, weil ja längst durch prä-

---

der Weise gewesen sein, wie man das in ius Vociren gewöhnlich versteht.

[1]) In der That stellt Wieding S. 585 unter 3 eine in ius vocatio ex auctoritate und eine andere ex iure actoris einander gegenüber.

[2]) Man lese nur z. B. S. 586: „Die Denuntiation war in ius vocatio gewesen und blieb es auch nach Marc Aurel, nur mit dem Unterschiede, dass sie von nun keine sofortige Folge mehr forderte".

[3]) Sie wird daher weder in l. 1 § 3 D. de insp. v. 25, 4 noch in l. 2 § 1 D. si quis in ius voc. 2, 5 erwähnt.

torische Klagen gegen denjenigen, welcher der in ius vocatio nicht Folge leistete, mit Strafe eingeschritten wurde[1]). Gesetzt aber auch, dass wir Alles zugäben, namentlich also zugäben, dass man sich der ductio in Folge einer Litisdenuntiatio nach älterem Rechte nur durch sofortige Abschliessung eines Vadimonium habe entziehen können, so ist die weitere Behauptung, dass man seit M. Aurel erst nach Ablauf der drei Edictsfristen die cautio iudicio sisti bestellt habe, in sich widerspruchsvoll; schon das erste Edict enthält eine Ladung Seitens der Obrigkeit und an die erste Ladung knüpft noch Justinian[2]) (nach Ablauf von zehn Tagen) die Bestellung der cautio iudicio sisti.

Wieding sieht in dem Gesetz M. Aurels noch eine zweite Reform. Während bisher die Anzahl der Denuntiationen, die ein Contumacialurtheil ermöglichten, unbestimmt gewesen sei, hätten fortan drei Denuntiationen genügt[3]). In dieser Ansicht steckt die Behauptung, dass schon vor M. Aurel in Folge der denuntiatio ex auctoritate das Contumacialurtheil verlangt werden konnte; ich werde sie unten in § 11 zu widerlegen suchen.

§ 10. Fortsetzung. Andere Zeugnisse und Gegenzeugnisse bezüglich der Einführung des Contumacialurtheils durch M. Aurel.

Die Meinung Rudorff's geht dahin, das Contumacialurtheil nach vorausgegangener mehrfacher Ladung habe

---

[1]) Wieding verbindet freilich die in ius vocatio ex auctoritate auch mit einem Peremtorium und lässt nunmehr ein Contumacialurtheil aus ihr ableiten. Ich werde in § 11 die Unrichtigkeit dieser Ansicht nachweisen.

[2]) Nov. 53 c. 3 pr.

[3]) Libellpr. S. 591 f.

sich durch die Römische Praxis gebildet[1]); Walter sagt: „man weiss nicht wann und wie"[2]); und das letztere mag wohl die Meinung derjenigen sein, welche wie Puchta, Keller, Hollweg sich über den Ursprung des Contumacialurtheils nicht aussprechen.

Rudorff führt zur Unterstützung seiner Ansicht zwei Stellen an, worin das Contumacialurtheil als mos bezeichnet wird:

> l. 5 pr. D. de poen. 48, 19: Absentem in criminibus damnari non debere, divus Traianus Julio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari, divus Traianus Adsiduo Severo rescripsit; satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare. Adversus contumaces vero, qui neque denuntiationibus neque edictis praesidum obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet *secundum morem privatorum iudiciorum.*

Hier wird unser Contumacialverfahren als mos privatorum iudiciorum bezeichnet und als Muster für Criminalsachen empfohlen. Wenn sich aber dann Rudorff weiter auf l. 7 pr. D. de in int. rest. 4, 1 beruft, in welcher von einem more pronuntiare gegen einen absens qui citatus non respondit die Rede ist, so werde ich am Schlusse dieses Paragraphen nachweisen, dass dieses Fragment keineswegs vom Contumacialurtheil, sondern von etwas ganz anderem handelt.

Aber die Frage ist: ist denn mos stets mit Gewohnheitsrecht, mit Praxis wiederzugeben? Dass es dies bezeichnen kann, leugne ich nicht; ich behaupte nur, dass es ebenso oft das Uebliche, Gebräuchliche bedeutet, also ohne einen Hinweis auf die Quelle, aus welcher

---

[1]) Rudorff, Röm. Rechtsg. § 94 N. 8.

[2]) Walter, Röm. Rechstg. § 747 (3. Aufl.).

das Uebliche, das Gebräuchliche geflossen ist. So heisst es z. B. more militiae facere testamentum [1]), trotzdem das Militärtestament auf Kaiserconstitutionen ruht; aber ich kann mich hierfür auch auf zwei unserer Materie angehörige Codexstellen beziehen: l. 7. l. 9 C. quomodo et quando 7, 43. Während nämlich in l. 9 das Zureichende der drei Denuntiationen auf Kaiserconstitutionen zurückgeführt wird, heisst es in l. 7 cit.:

> Ea quae statuuntur adversus absentes non per contumaciam, scilicet denuntiationibus nequaquam ex more conventos, iudicatae rei firmitatem non obtinere certum est.

Es ist klar, dass mit ex more conventos bloss der häufige, lebendige Gebrauch des Contumacialverfahrens angedeutet werden soll.

Mich wundert es, dass man bisher ein Argument nicht herangezogen hat, das mir geradezu schlagend zu sein scheint.

Man stelle die Autorschaft der Stellen, in denen das Contumacialurtheil behandelt wird, fest; sind die Autoren sämmtlich gleichlebend mit M. Aurel oder später als er, und berichten sie nichts von früherer Zeit, so ist erwiesen, dass das Contumacialurtheil unter M. Aurel geschaffen worden ist; im Hinblick auf den Bericht des Aurelius Victor werden wir dann weiter sagen können: nicht bloss unter sondern von M. Aurel.

Von unserem Contumacialverfahren resp. Contumacialurtheil handeln folgende Digestenstellen[2]):

l. 1 § 1 D. de fer. 2, 12; sie ist von Ulpian und erklärt unter Berufung auf die Ferienordnung von Marc Aurel das Contumacialurtheil innerhalb der Ferien für nichtig;

---

[1]) l. 33 pr. D. de test. mil. 29, 1.

[2]) Ich folge dem Verzeichniss bei Hartmann, Contumac. S. 137. 138.

l. 7 D. de in int. rest. 4, 1; sie ist von Marcellus, der unter Antoninus Pius wie unter M. Aurel lebte; sie berichtet von einem Rescript des Antoninus Pius, das *auf den ersten Anblick* das Vorhandensein des Contumacialurtheils zur Zeit dieses Kaisers ergiebt; ich habe schon oben erklärt, dass ich am Schluss des Paragraphen einen ganz anderen Inhalt des Fragments nachweisen werde;

l. 13 pr. i. f. D. de min. 4, 4; die Stelle ist von Ulpian;

l. 29 § 2 eod.; die Stelle ist von Modestinus;

l. 55 D. de iud. 5, 1; die Stelle ist von Paulus;

l. 68 — l. 73 D. eod., die Stellen sind von Ulpian;

l. 74 pr. l. 75 eod.; die Stellen sind von Julian; derselbe verfertigte allerdings schon unter Hadrian die Edictsrecension, aber es steht fest, dass er noch unter M. Aurel wissenschaftliche Arbeiten geliefert hat, da er in der seinen Digesten entnommenen l. 12 D. de neg. gest. 3, 5 den Antoninus Pius als verstorben bezeichnet;

l. 1 § 2. 3 D. de insp. ventre 25, 4; die Stelle ist von Ulpian und interpretirt eine Oratio der divi fratres.

l. 7 § 3 D. de susp. tut. 26, 10; die Stelle ist von Ulpian.

l. 26 § 7 sqq. l. 27 l. 28 l. 30 l. 36 l. 47 § 2 l. 51 § 4 sq. D. de fideic. libert. 40, 5; die Stellen, welche von verschiedenen Juristen herrühren, behandeln die über die fideicommissaria libertas ergangenen Senatsconsulte (Rubrianum, Juncianum u. s. w.). Sie berichten sämmtlich von einem Contumacialurtheil *vor*

M. Aurel, aber es geschieht dies in dem speciellen Falle der fideicommissaria libertas, und dass ein Rückschluss von dieser auf gewöhnliche Vermögenstreitigkeiten unzulässig ist, braucht nicht erst erwiesen zu werden.

l. 47 § 1 l. 53 l. 54 l. 59 § 3 D. de re ind. 42, 1; die Stellen sind von Ulpian, Paulus und Hermogenian;

l. 5 pr. D. de poen. 48, 19; die Stelle ist von Ulpian;

l. 23 § 3 D. de app. 49, 1; die Stelle ist von Papinian;

l. 7 § 1 D. de app. recip. 49, 5; die Stelle ist von Paulus;

l. 1 § 3 D. quae sent. sine app. 49, 8; die Stelle ist von Aemilius Macer, der unter Severus Alexander lebte.

Von Hartmann werden a. a. O. noch als Beweisstellen des Contumacialurtheils die l. 15 §§ 2. 4. l. 42 § 1 D. de iure fisci 49, 14 angeführt; erstere rührt von Mauricianus, letztere von Valens her; beide lebten unstreitig unter Antoninus Pius; indess ist einerseits die Behauptung nicht anstössig, dass sie auch unter seinem unmittelbaren Nachfolger M. Aurel gelebt haben, andererseits beziehen sich die von ihnen berichteten Contumacialurtheile auf Strafen, welche wegen unterschlagener oder falsch angegebener Caduca ausgesprochen werden, und dass von diesen ein Rückschluss auf gewöhnliche Vermögensstreitigkeiten unzulässig ist, liegt auf der Hand.

So bleibt denn als die einzige Stelle, welche anscheinend die Existenz des Contumacialurtheils schon vor M. Aurel beweist, die l. 7 pr. D. de in int. rest. 4, 1 übrig. Die Stelle lautet:

> (Marcellus l. III. Digest.) Divus Antoninus Marcio Avito Praetori de succurendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est; itaque si citatus non respondit, et ob hoc more pronuntiatum est, confestim autem pro tribunali te sedentem adiit, existimari potest non sua culpa sed parum exaudita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest.

Die Stelle wird ganz allgemein auf ein in einer Civilprocesssache ergangenes Contumacialurtheil bezogen, welches unter Antoninus Pius, dem Vorgänger von Marc Aurel, gesprochen worden sein soll.

Allein zwei in der Stelle selbst liegende Beweise machen diese Interpretation unmöglich:

a) In den Schlussworten (ideoque restitui potest) erklärt der Kaiser die Restitution gegen das ergangene Urtheil für zulässig. Nun lesen wir aber in l. 73 § 3 D. de iud. 5, 1:

> Sciendum est, ex peremtorio absentem condemnatum si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit, si minus, audietur.

Das heisst: die Inappellabilität des Contumacialurtheils gilt nur bei wahrer Contumacia, bei bloss scheinbarer Contumacia ist die Appellation zulässig. Nun ist im Fall der l. 7 cit. die Contumacia unzweifelhaft eine scheinbare; der Kaiser erklärt, dass der Verurtheilte non sua culpa, sondern etwa weil der Gerichtsdiener zu leise aufgerufen oder weil der Verurtheilte (wegen Schwerhörigkeit) den Aufruf nicht gehört, bei dem Aufruf der Sache sich nicht gemeldet habe. Also musste in dem Falle, dass es sich um ein Contumacialurtheil handelte, die Appellation eingelegt werden; eben deshalb war aber zugleich die in integrum resti-

tutio, welche bekanntlich ein subsidiäres Rechtsmittel ist, unzulässig. Der ergangene Spruch kann also kein Contumacialurtheil gewesen sein, es muss ein *absolut inappellables* Urtheil gewesen sein, ein Urtheil, welches auch bei scheinbarer Contumacia nicht mit der Appellation angegriffen werden konnte. Es ist meine Aufgabe, festzustellen, was es für ein Urtheil gewesen ist; das wird weiter unten geschehen.

b) Es heisst: Itaque si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est .... Das heisst: der Prätor sprach sofort, als bei dem Aufruf der Sache der Beklagte sich nicht meldete, das Urtheil. Auch das passt nicht auf ein in einem Civilprocess ergehendes Contumacialurtheil; vielmehr muss hier der Prätor erst den klägerischen Anspruch prüfen, und er darf erst, wenn er ihn begründet gefunden hat, erkennen. Das ist unstreitiges Recht[1]), und es hätte deshalb, die Richtigkeit der herrschenden Meinung vorausgesetzt, im Rescripte heissen müssen: et ob hoc more cognitum et pronuntiatum est.

Die bisher gemeine Interpretation glaube ich widerlegt zu haben. Nunmehr gebe ich die mir richtig scheinende; um es mit drei Worten zu sagen: es ist ein Urtheil des Prätor, worin er wegen Nichterscheinens eines Geladenen eine Multirung oder Pfändung ausspricht. Man lese zunächst Gellius:

> noct. Att. XI, 1, 4: Quando igitur nunc quoque a magistratibus populi Romani more maiorum mulcta dicitur, vel minima vel suprema, observari solet, ut oves genere virili appellentur; atque ita M. Varro verba haec legitima, quibus minima mulcta diceretur, concepit: *M. Terentio, quando citatus neque respondit neque excusatus est, ego ei*

[1]) Siehe vornehmlich l. 71. l. 74 pr. D. de iud. 5, 1.

unum ovem mulctam dico. Ac nisi eo genere diceretur, negaverunt iustam videri mulctam.

Die Römischen Magistrate[1]), hohe wie niedrige, haben ein Coercitionsrecht, welches sie namentlich mittels Multirung und Pfändung üben, und welches, wenn sie sich innerhalb einer bestimmten Grenze (multa suprema in republicanischer Zeit von zwei Schafen und dreissig Rindern oder 3020 Assen) halten, *absolut unappellabel* ist. Dieses Coercitionsrecht kann bei allen Gelegenheiten geübt werden, namentlich wenn ein Geladener nicht erscheint; alsdann braucht der *Magistrat nicht rest zu untersuchen*, sondern das blosse Nichterscheinen in Verbindung mit dem Umstande, dass der Geladene sich nicht hat entschuldigen lassen, berechtigt ihn zu der Festsetzung der Mult resp. der zu pfändenden Sache, daher heisst es in der Formulirung des Varro:

M. Terentio quando *citatus neque respondit neque excusatus est*, ego ei unum ovem mulctam dico.

Fühlt der Gestrafte sich beschwert, so kann er nur vom Magistrat selbst, der die Strafe festgesetzt hat, die Aufhebung der Festsetzung verlangen: er bittet um Restitution; bekanntlich ist die letztere auch in Criminalsachen anwendbar.

Und nun lese man unsere l. 7 pr. cit. Die Varronische Formulirung kehrt wörtlich wieder:

si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est,

es fehlen bloss die Worte „neque excusatus est", jedoch ergeben sich diese aus dem Zusammenhang der Lex. Daraus folgt, dass wir es allerdings mit einem Contumacialurtheil zu thun haben, nur nicht mit einem solchen, welches einen Civilprocess beendigte, sondern

---

[1]) Vgl. hiezu Mommsen's Röm. Staatsr. Bd. I S. 148—153 der 2. Aufl.

mit einem anderen, welches eine auf Grund des magistratualen Coercitionsrechts arbitrirte Strafe wegen Nichterscheinens festsetzte; ein solches ist absolut inappellabel, wenn es innerhalb der multa suprema bleibt; ein solches bedarf keiner vorgängigen Cognition, sondern kann sofort, wenn der Aufruf des Geladenen vergeblich war, ausgesprochen werden.

Gegen meine Erklärung könnten die Anfangsworte der Lex:

de succurrendo ei qui *absens rem amiserat*

geltend gemacht werden. Ich leugne nicht, dass unter rem amittere häufig der Processverlust zu verstehen ist; aber diese Worte sind kein blosser Kunstausdruck, sie haben auch andere Bedeutungen; die eine davon lernen wir z. B. aus l. 14 § 1 D. de verb. sign. 50, 16 kennen:

rem amisisse videtur, qui adversus nullum eius persequendae actionem habet.

Daher ist die Behauptung gerechtfertigt, dass unter jenen Anfangsworten eine Multirung und jedenfalls eine Pfändung verstanden werden kann, denn der Gepfändete hatte eben gar keine Klage, bis sich der Kaiser in dem Rescript seiner annahm.

Und jetzt gestatte man mir, wenn ein derber Ausdruck zulässig ist, den Spiess umzudrehen und die l. 7 pr. cit. für meine Meinung zu verwenden, d. h. aus ihr abzuleiten, dass zu des Antoninus Pius Zeiten noch kein Contumacialurtheil auf dem Grund vorgängiger Ladungen zulässig war.

Ich selbst gestehe nämlich zunächst, dass aus der Lex in keiner Weise der Grund zu entnehmen ist, aus welchem die Ladung geschehen war. Allerdings kann es eine anhängige Civilprocesssache gewesen sein, ebenso gut aber irgend eine andere, es sei eine Criminalsache oder die Bitte eines Sclaven um bessere Alimente, um bessere

6*

Behandlung, und was Alles in dieser Beziehung gedacht werden kann.

Aber ich will einmal mit der herrschenden Meinung annehmen, dass die Ladung eine denuntiatio ex auctoritate gegen einen Civilbeklagten enthielt. Dann ergiebt sich aus l. 7 pr. cit., dass zu den Zeiten des Kaisers Antoninus Pius, des unmittelbaren Vorgängers von M. Aurel, der ausgebliebene Beklagte nicht mit ferneren Ladungen vorgefordert wurde (um schliesslich dem Contumacialurtheil unterworfen zu werden), sondern dass er mit Mult oder Pfändung heimgesucht wurde, um ihn zum persönlichen Erscheinen zu veranlassen[1]) und auf diese Weise (nicht zu einem Contumacialurtheil, sondern) zu einer contradictorischen Verhandlung und zu einer auf Grund dieser Verhandlung vorzunehmenden Litiscontestation zu gelangen. In dem von M. Aurel eingerichteten Verfahren ist zwar das Recht der Römischen Magistrate, den ausgebliebenen Beklagten zu multiren oder zu pfänden, geblieben, aber der Magistrat machte davon selbstverständlich keinen Gebrauch, da er, um zum Schlusse (dem Urtheil) zu kommen, des persönlichen Erscheinens des Beklagten nicht bedurfte.

So scheint mir aus dem ganzen Digestenmaterial klar hervorzugehen, dass vor M. Aurel es kein Contumacialurtheil gegeben hat.

---

[1]) Vgl. das analoge Vorgehen in l. 1 § 3 D. de insp. ventre 25, 4: Quid ergo si non responderit aut non veniat ad praetorem, numquid Senatusconsulti poenam adhibemus, scilicet ut liceat marito non agnoscere? Sed finge non esse eo contentum maritum, qui se patrem potius optet, quam carere filio velit. *Cogenda igitur erit remediis praetoriis et in ius venire, et si venit respondere, pignoraque eius capienda et distrahenda, si contemnat, vel mulctis coërcenda.*

Was den Codex betrifft, so sind in dem Titel 7, 43 quomodo et quando iudex sententiam proferre debet praesentibus partibus vel una absente fast sämmtliche Rescripte (l. 2 — l. 11) aus der Zeit nach M. Aurel; nur das erste stammt von Antoninus Pius; es lautet:

> Non semper compelleris, ut adversus absentem pronunties propter subscriptionem patris mei, qua significavit etiam contra absentes sententiam dari solere; id enim eo pertinet, ut absentem damnare possis, non ut omnimodo necesse habeas.

Mir scheint nicht zu bezweifeln, dass das Rescript sich auf eine Criminalsache bezieht; von einem Kläger ist nicht die Rede; das Urtheil wird ins Ermessen des Beamten gestellt; ganz wie noch Ulpian das Contumacialurtheil in Criminalsachen als eine Sache subjectiven Befindens bezeichnet [1]), nur hat er eine etwas bestimmtere Meinung als Antoninus Pius, indem er erklärt, man solle im Contumacialurtheil nur Geld- und Ehrenstrafen sowie die Relegation aussprechen, nicht aber schwerere Strafen.

§ 11. Fortsetzung. Wieding's Argumente für das Contumacialurtheil in republicanischer Zeit.

Es ist von mir § 9 a. E. bemerkt worden, dass Wieding in das Gesetz M. Aurels noch eine zweite Neuerung hineinsetzt: es sei die Dreizahl der zum Contumacialurtheil erforderlichen Denuntiationen von Marc Aurel festgesetzt worden, während in der Zeit vor ihm die Zahl der Denuntiationen unbestimmt gewesen sei.

Ich selber muss schon deshalb dagegen Widerspruch erheben, weil ich die Darstellung Ulpians (l. 68 — l. 73

[1]) l. 5 pr. D. de poen. 48, 10.

D. de iud. 5, 1), welche vier Ladungen vorschreibt, als dem Gesetze des M. Aurel angepasst ansehe, während ich die Dreizahl der Denuntiationen späteren Gesetzen zuschreibe (S. 50 ff.).

Aber nicht das soll in diesem Paragraphen zur Erörterung gezogen werden, sondern die andere Wiedingsche Behauptung, dass es schon in der Republik ein Contumacialurtheil nach voraufgegangenen Ladungen gegeben habe. Sie hängt mit der anderen Behauptung Wieding's zusammen, dass die Litisdenuntiatio in republikanischer Zeit mit der in ius vocatio identisch gewesen sei, dass sie demzufolge die Befugniss zu sofortiger ductio dem Denuntianten gegeben, und dass der Geladene sich der letzteren nur durch Vadimonium habe entziehen können.

Gegen diese Identificirung von in ius vocatio und denuntiatio habe ich schon in § 9 polemisirt. Man wird es begreifen und Wieding wird es gestatten, dass ich in der Fragestellung die denuntiatio mit der in ius vocatio vertausche, und die Frage dahin präcisire: hat es schon in der Republik auf Grund mehrfacher amtlich autorisirter in ius vocatio (von Wieding in ius vocatio ex auctoritate genannt) ein Contumacialurtheil gegeben?

Wieding beruft sich zur Bejahung dieser Frage auf Cicero pro Quinctio c. 16. 17, auf Plautus Curcul. Act. I. Sc. III. v. 5. sqq., auf Horatius Satir. l. I. sat. IX. v. 35 sqq. 75 sqq. Gehen wir diese Beweise einzeln durch.

In Cicero's Rede pro Quinctio handelt es sich um die Wirkung eines gebrochenen Vadimonium; nach Cicero pflegte ein Ehrenmann in einem solchen Fall nicht sofort die missio in bona gegen den Deserenten zu beantragen, sondern in rücksichtsvoll zögernder Weise

ein Verfahren einzuschlagen, welches mit einer domum denuntiatio endigte:

> cap. 17: Quaero abs te, C. Aquili, L. Lucili, P. Quintili, M. Marcelle: vadimonium mihi non obiit quidam socius et affinis meus, quicum mihi necessitudo vetus, controversia de re pecuniaria recens intercedit: postulone a praetore, ut eius bona mihi possidere liceat? an quum Romae domus eius, uxor, liberi sunt, domum potius denuntiem? Quid est quod hac tandem de re vobis possit videri? Profecto si recte vestram bonitatem atque prudentiam cognovi, non multum me fallit, si consulamini, quid sitis responsuri: primum exspectare, deinde si latitare ac diutius ludificare videatur, amicos convenire, quaerere quis procurator sit, domum denuntiare. Dici vix potest, quam multa sint, quae respondeatis ante fieri oportere, quam ad hanc rationem extremam necessariam devenire.

Wieding sieht nicht bloss in dem amicos convenire einen juristischen Act (das ist richtig), sondern auch in dem domum denuntiare eine denuntiatio ex auctoritate [1]) (das bestreite ich). Da nämlich von dem Kläger Naevius dem Quinctius der Bruch eines Vadimonium vorgeworfen wird, so behauptet Wieding, dass sich an das gebrochene Vadimonium eine denuntiatio ex auctoritate habe anschliessen müssen, und dass diese denuntiatio ex auctoritate erforderlich gewesen sei, um später den Antrag auf missio in bona zu begründen.

Aus dieser Ciceronianischen Stelle will also Wieding nicht die Existenz des Contumacialurtheils in republicanischer Zeit begründen, aber es ist die Verbindung

---

[1]) Libellpr. S. 311 f. 572.

von in ius vocatio resp. Vadimonium mit der denuntiatio ex auctoritate, welche ich anfechte; die domum denuntiatio, von welcher Cicero redet, ist keine denuntiatio ex auctoritate, denn sie ist überhaupt keine Ladung, sondern sie ist eine Erkundigung, ob kein Procurator vorhanden sei, ein Hinweis an Frau und Kinder, vielleicht auch an Nachbarn, dass es dem Hausherrn schlecht ergehen könne, wenn kein Defensor für ihn auftrete; und diese Erkundigung, dieser Hinweis ist nicht ins Belieben gestellt, sondern eine Voraussetzung für die Beantragung der missio in bona [1]). Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich aus folgenden Fragmenten:

> l. 22 pr. D. ex qu. c. mai. 4, 6: Ergo sciendum est, non aliter hoc edictum locum habere, quam si amici eius interrogati fuerint, an defendant; aut si nemo sit, qui interrogari potest. Ita enim absens defendi non videtur, si actor ultro interpellat, nec quisquam defensioni se offerat; eaque testatione complecti oportet.
>
> l. 5 § 2 D. quod vi 43, 24: Et si forte non sit cui denuntietur, neque dolo malo factum sit ne sit, amicis denique aut procuratori aut ad domum denuntiandum est.

In l. 22 cit. handelt es sich um denselben Begriff wie bei Cicero, nämlich um die mangelnde defensio absentis; die Lex verlangt eine Erkundigung, die Freunde sollen gefragt werden, ob sie defendiren wollen. In l. 5 cit. handelt es sich zwar um einen anderen Begriff (opus clam factum), allein auch hier besteht die Erkundigungspflicht; man soll sich erkundigen, ob

---

[1]) Es ist eben eine jener hundertfältigen Denuntiationen, wie sie bei den Römern gebräuchlich waren, s. Keller semestria ad M. Tullium p. 355 sqq.

bei Abwesenheit des eigentlich Interessirten nicht Jemand anders da ist, dem man die beabsichtigte Errichtung des Werkes mittheilen könne, und hier werden den Freunden die Hausgenossen zur Seite gestellt. So ist auch Cicero zu verstehen, daher nennt er neben dem Hause wiederholentlich[1]) die Frau und Kinder; von einer Ladung ist nicht die Rede. Ich betone dies Resultat deshalb, weil ich glaube, dass die Lehre von der denuntiatio ex auctoritate von dem Vadimonium fern gehalten werden muss; jede den. ex auctoritate schliesst sich lediglich an die einfache den. suo nomine an.

Die zweite Beweisstelle von Wieding ist aus dem Curculio von Plautus genommen; in ihr findet Wieding nicht bloss eine denuntiatio ex auctoritate nach gebrochenem Vadimonium, sondern noch weiter (zwar nicht das Contumacialurtheil selbst, aber doch ein späteres Element unseres Contumacialverfahrens, nämlich) die in l. 73 § 2 D. de iud. 5, 1 erörterte circumductio edicti. Die Plautinische Stelle lautet:

Planesium: Ubi tu es, qui me convadatu's Veneris vadimoniis?
Ubi tu es, qui me Venerio libello citavisti? Ecce me!
Sisto ego tibi me et mihi contra ibidem ut sistas suadeo.
Phaedromus: Adsum, nam si absim, haud recusem, quin male mihi sit, mel meum

Der Dichter bedient sich, wie Wieding mit Recht bemerkt, des Ladungsverfahrens, um die Sehnsucht des Liebespaares, des Planesium und des Phaedromus, darzustellen. „Wo bist du (ruft Planesium, das Mädchen), der du mich mit Liebesvadimonien zum Stelldichein verpflichtet hast? Wo bist du, der du mich schon mit dem Libell geladen hast? Nun bin ich da, und ich

[1]) Nämlich noch in c. 27 § 85. c. 28. § 86.

rathe dir, dass auch du dich einfindest. Adsum, ertönt es, der Liebhaber ist da, und entschuldigend fügt er hinzu, ich weiss, dass mein Ausbleiben mir übel bekäme“.

Wieding betont nun den libellus Venerius, er sieht darin eine Denuntiation mit Libellus, also eine denuntiatio ex auctoritate, der Process habe demnach schon die Stufe der Contumacialladung erreicht, und zwar deshalb, weil voraufgegangene Vadimonien (Veneriis vadimoniis in V. 5) von dem Mädchen gebrochen worden seien; jene denuntiatio ex auctoritate sei wahrscheinlich mit einem edictum peremtorium verbunden gewesen und hätte also, falls der klägerische Liebhaber bei dem Stelldichein sich nicht einfand, zu der in l. 73 § 2 D. de iud. 5, 1 erwähnten circumductio edicti führen müssen; das sei der Sinn der Worte: si absim, haud recusem, quin male mihi sit; bei terminus circumductus nämlich könne zwar die Sache durch Ladung wieder aufgenommen werden, aber wahrscheinlich müsse dann der Kläger bis zum nächsten actus rerum warten; daher sage im vorliegenden Falle der Liebhaber, er sei sich bewusst, dass das Mädchen nicht täglich zu haben sei, und dass, wenn er abwesend wäre, er lange lange auf ein neues Stelldichein warten müsse.

Was Alles Wieding in die Plautinische Stelle hineingetragen hat (— den Bruch der Vadimonien, das edictum peremtorium, die Folgen der circumductio termini —), das liegt auf der Hand. Aber gesetzt auch, dass wir ihm Alles zugäben: *die ganze Interpretation scheitert daran, dass der Vers:*

ubi tu es qui me libello Venerio citavisti? Ecce me! *unecht ist;* also fehlt es an dem libellus Venerius, also liegt keine denuntiatio ex auctoritate vor, also ist das edictum peremtorium undenkbar, also können die Folgen des edictum circumductum nicht eintreten. Die Un-

echtheit des Verses steht dem neuesten Herausgeber des Plautus, Fleckeisen, in einem so hohen Grade fest, dass er ihn in seiner Ausgabe weggelassen hat; der Vers fehlt in allen bekannten Handschriften mit Ausnahme einer einzigen, des codex Palatiuus sextus, der im Jahre 1456, also nach Erfindung der Buchdruckerkunst geschrieben worden ist; der Vers lässt sich nur mit äusserster Gewaltsamkeit, wie sie in der ganzen übrigen Scene nicht nöthig ist, ins Metrum einzwängen; der Vers sieht gar zu sehr nach einer Glosse aus, die zur Erklärung des vorhergehenden Verses beigeschrieben in den Text des Palatinus sextus eingedrungen ist; der Verfasser dieser Glosse kann nur dem 15. Jahrhundert angehören [1]). Diese Gründe des Philologen sind durch die Anzweifelungen Wiedings [2]) nicht aus dem Wege geräumt worden, und hiernach halte ich den Beweis nicht erbracht, dass auf Grund eines gebrochenen Vadimonium eine denuntiatio ex auctoritate verlangt werden kann; ich bleibe vielmehr bei meiner Ansicht, dass Vadimonien und Denuntiationen getrennte Dinge sind, dass sie nicht mit einander vermischt oder verbunden werden können.

Die dritte Beweisstelle von Wieding endlich ist die neunte Satire des ersten Buchs von Horaz; sie lautet:

v. 35 sqq.: Ventum erat ad Vestae quarta iam parte diei
Praeterita, et casu tunc respondere vadato
Debebat, quod ni fecisset, perdere litem.

v. 75 sqq.: — — Casu venit obvius illi
Adversarius et „heus tu turpissime“ magna
Exclamat voce, et „licet antestari“? Ego vero
Oppono auriculam, rapit in ius. Clamor utrinque,
Undique concursus.

[1]) Mittheilungen Fleckeisens an Wieding.
[2]) Libellpr. S. 574 ff.

Die Stelle ist so oft in der neueren Literatur besprochen worden, dass ich einen jeden meiner Leser als mit ihr bekannt annehmen darf. Ich werde deshalb nicht auf alle vorgebrachten Interpretationen sondern bloss auf die von Wieding eingehen.

Wieding sieht in dem Schwätzer den Beklagten; er sei vom Kläger geladen worden, und habe für das Erscheinen im Termin Vadimonium bestellt; „der Termin, auf den das Vadimonium concipirt war, war peremtorisch, wie das Präjudiz des perdere litem erweist; war der Termin peremtorisch, so musste es auch die Ladung, es musste die Denuntiation daher eine Denuntiatio ex auctoritate gewesen sein“[1]). Also: eine Ladung mit edictum peremtorium (daher denunt. ex auctoritate), hierauf Vadimonium auf einen bestimmten Tag, in Folge dessen bei Ausbleiben des Beklagten perdere litem. Wiederum mache ich zunächst auf All' das aufmerksam, was Wieding in die Stelle hineingetragen hat: denunt. ex auctoritate und edictum peremtorium; Horaz spricht bloss von einem simplen Vadimonium (vadato). Aber gesetzt auch, dass ich ihm alles hineingetragene zugebe: das perdere litem, das mit Processverlust verbundene Contumacialurtheil ist nicht die Consequenz der Wiedingschen Argumentation, denn bekanntlich muss der Kläger im Contumacialverfahren beweisen, und wenn ihm der Beweis nicht gelingt, so wird der Beklagte freigesprochen. Diesem augenscheinlich durchschlagenden Einwande sucht sich Wieding mit den Worten zu entziehen (S. 582): „Nur die *Möglichkeit* des perdere litem braucht erwiesen zu werden, die näheren Verhältnisse des Falles hat Horaz, der keine Processgeschichte schrieb, uns nicht mitgetheilt.“ Indess liegt auf der Hand, dass das debebat

---

[1]) Libellpr. S. 578.

im Eingang des Verses 37 auch auf perdere litem zu beziehen ist, Horaz hat also den Processverlust nicht als blosse Möglichkeit sondern als Nothwendigkeit hingestellt.

Es ist nicht meine Aufgabe, eine unanfechtbare Erklärung der horazischen Stelle zu geben [1]), es ist genug gethan, wenn ich zeige, dass die von Wieding behauptete Existenz des Contumacialurtheils in republicanischer Zeit sich aus jener Stelle nicht deduciren lässt.

Aber ich habe mehr erwiesen; die Verbindung nämlich, in welche Wieding die Litisdenuntiatio mit Vadimonium setzt, die Auffassung der Litisdenuntiatio als vocatio in ius, welche entweder sofortige ductio oder vadimonium zur Folge gehabt habe, ist weder durch Cicero noch durch Plautus noch durch Horaz dargethan. Meiner Ansicht nach hat die Litisdenuntiatio mit ductio und Vadimonium nichts zu thun.

---

[1]) Doch bemerke ich folgendes: selbst ein Jurist bezeichnet als Folge der Contumacia den Processverlust (Hermogenian in l. 53 pr. D. de re iud. 42, 1); sollte nun der Dichter, wenn er dieselbe Ungenauigkeit begeht, nicht grösseren Anspruch auf Nachsicht haben?

III. Die Denuntiation vor Marc Aurel.

1. § 12. Ihre Existenz in republicanischer Zeit.

Bei dem Stande der Quellen scheint mir die Gesetzgebung M. Aurels der einzige feste Punkt zur Betrachtung des Denuntiationsprocesses. Ich behandelte ihn in seinen beiden Arten: als contradictorischen Process und als Contumacialverfahren. Im contradictorischen Process wies ich als die vier Eigenthümlichkeiten nach: den mit der Denuntiation verbundenen gerichtlichen Act, die Erscheinungspflicht in der nächsten sessio pro tribunali, die viermonatliche Beweisfrist, die Verhandlung und Urtheilsfällung durch den Magistrat. Die drei letzten Eigenthümlichkeiten führte ich auf die Reform M. Aurels zurück. Das Contumacialverfahren, welches in ein Contumacialurtheil ausläuft, zeigte ich in allen seinen Theilen als eine Schöpfung desselben Kaisers.

Nunmehr gilt es, den Blick rückwärts und vorwärts zu werfen. Rückwärts durch die Untersuchung über die Existenz und die Bedeutung der Denuntiation in den Zeiten vor Marc Aurel (§§ 12—14), vorwärts durch die Untersuchung über die Entwicklung des Denuntiationsprocesses in der Zeit nach M. Aurel (§ 15 ff.).

Indem ich mich der ersteren Aufgabe unterziehe, so führe ich die Denuntiation allerdings mit Wieding in die Zeit der Republik zurück. Die meisten der Wieding'schen Zeugnisse freilich habe ich bereits in § 11

als unbeweisend zurückgewiesen; als beweisend erachte ich lediglich eine Stelle Cicero's pro Caecina und eine Stelle aus dem praetorischen Edict. Die erstere lautet:

§. 19. In possessione bonorum cum esset et cum ipse[1]) sextulam suam nimium exaggeraret, nómine heredis arbitrum familiae erciscundae postulavit. Atque illis[2]) paucis diebus posteaquam videt, nihil se ab A. Caecina posse litium terrore abradere, homini Romae in foro denuntiat, fundum illum, de quo ante dixi, cuius istum emtorem demonstravi fuisse mandatu Caeseuniae, suum esse seque sibi emisse.

§ 95. Postea cur, Aebuti, de isto potius fundo quam de alio, si quem habes, Caecinae denuntiabas, si Caecina non possidebat?

Der eigentliche Streit betrifft den Besitz eines Grundstücks, des fundus Fulcinianus. Die Caesennia hatte dieses Grundstück durch ihren Mandatar Aebutius ankaufen lassen, hatte es hierauf in Besitz genommen und verpachtet. Dann hatte sie den Caecina geheirathet und war darauf mit Hinterlassung eines Testaments gestorben; in dem Testament war Caecina zu $^{23}/_{24}$, ein gewisser M. Fulcinius zu $^{2}/_{72}$ und Aebutius zu $^{1}/_{72}$ zu Erben eingesetzt[3]). Aebutius bestritt zunächst dem Caecina als Bürger von Volaterra die testamentifactio passiva; Caecina, welcher im Besitz des Nachlasses war, begann hierauf den Process gegen Aebutius, indem er das arbitrium familiae erciscundae gegen ihn anstellte; hierauf denuntiirte Aebutius den

---

[1]) Keller liest mit Schütze iste; ich halte die Conjectur für richtig; über die Begründung siehe Keller Semestr. p. 279.

[2]) Keller liest mit Schütze iste; ich halte die Conjectur für richtig; über die Begründung siehe Keller l. c. p. 280.

[3]) Ueber alles dieses Cicero pro Caec. §§ 15—17.

Caecina zu Rom auf dem Forum, das Fulcinianische Grundstück sei sein Eigenthum, denn er habe es gekauft.

Ich sehe in diesen Worten eine echte Denuntiation, d. h. eine Ladung zum Process, und ich betone dabei die Worte Romae in foro. Dieselben erscheinen auf den ersten Blick überflüssig, sie gewinnen aber eine überraschende Bedeutsamkeit, wenn man sie mit meiner Ausführung auf S. 14 ff. vergleicht. Dort wies ich nämlich nach, dass die Denuntiatio suo nomine keineswegs bloss aus einer Mittheilung des Klägers an den Beklagten bestand, dass vielmehr der Kläger den Prätor habe angehen und ihm gleichfalls von der Klage habe Mittheilung machen müssen. Unter Voraussetzung dieser Vorschrift bedeuten die Worte „Romae in foro", dass Aebutius gleichzeitig mit der Mittheilung an Caecina eine gleichartige Anzeige bei dem Prätor niedergelegt habe.

Keller sieht einen anderen Zweck in der Denuntiation des Aebutius. Caecina, führt er aus [1]), hatte das arb. familiae erciscundae gegen Aebutius aufgestellt; nun gilt aber der Grundsatz, dass diejenigen Sachen, deren Zugehörigkeit zur Erbschaft die eine Partei bestreitet, indem sie vielmehr das Eigenthum daran auf Grund eines Singulartitels behauptet, nicht in den erbschaftlichen Theilungsprocess gehören [2]); von diesem Grundsatz behauptet Keller eine Ausnahme dann, wenn der Gegner jener Partei einen Theil besitzt; er erklärt zwar offen, dass er hierfür kein Quellenzeugniss anführen könne, aber er deducirt ihn aus dem andern Rechts-

---

[1]) Semestria vol. 1 p. 354 sqq. Ich muss auf die Kellersche Ausführung eingehen, denn Wieding (Libellpr. S. 596. 599) hat sie nicht beachtet.

[2]) l. 45 pr. l. 25 § 7 D. fam. erc. 10, 2.

grundsatze, wonach derjenige Erbprätendent, dessen Erbrecht bestritten ist, dennoch, wenn er den Erbtheil besitzt, das arb. familiae erciscundae anstellen könne [1]). In Folge dessen deutet Keller die Denuntiation des Aebutius dahin, dass er damit gesucht habe, das Fulcinianische Grundstück dem angestellten Erbtheilungsprocess zu entziehen, gleichzeitig also behauptet habe, dass er (Aebutius) der alleinige Besitzer des Grundstücks sei. Ist dies der Sinn, so hat Aebutius (als Besitzer) nicht die Absicht haben können, eine Klage anzustellen.

Man sieht, die ganze Kellersche Deduction ruht auf der von ihm kraft Analogie behaupteten Ausnahme; allein für die Existenz dieser Ausnahme spricht nicht allein kein Quellenzeugniss (was Keller zugiebt), sondern es sprechen zwei Fragmente dagegen:

> l. 45 pr. D. fam. erc. 10, 2: Si quid contendis ex hereditate mihi tecum commune esse, quod ego ex alia causa meum proprium esse dico, id in familiae erciscundae iudicium non venit.
>
> l. 25 § 7 eod.: Quod pro emtore vel pro donato puta coheres possidet, in familiae erciscundae iudicium venire negat Pomponius.

Denn hiernach wird diejenige Sache, an welcher ein Litigant Eigenthum auf Grund eines Singulartitels behauptet, *unbedingt* dem Erbtheilungsprocess entzogen, und es wird dabei keine Rücksicht darauf genommen, ob sein Gegner Besitzer sei oder nicht [2]).

---

[1]) l. 1 § 1 D. fam. erc. 10, 2.

[2]) In l. 25 § 7 cit. wird der Fall besprochen, dass die Partei, die den Singulartitel behauptet, zugleich die Sache besitzt; allein der von Keller behauptete Rechtssatz folgt daraus weder direct noch arg. e contrario; das arg. e contr. würde lauten, dass, wenn er nicht besitzt, sondern *sein Gegner oder ein Dritter,* die Sache dennoch in den Theilungsprocess gezogen wird; zu dieser Consequenz darf sich Keller nicht verstehen.

Aber auch die von Keller behauptete Analogie trifft nicht zu. Dass Jemand, dessen Miterbrecht bestritten ist, dann, wenn er im Besitz des Nachlasstheiles sich befindet, das arb. familiae erciscundae anstellen darf, hat darin seinen Grund, dass sein Besitz ihm die Anstellung der hereditatis petitio unmöglich macht; will man ihn nicht schutzlos lassen, will man ihn nicht der Willkür das Gegners preisgeben (— dieser kann nach seinem Belieben gegen ihn die hereditatis petitio anstellen oder unterlassen —), so muss man ihm die Befugniss, das arb. familiae erciscundae anzustellen, zusprechen. Wenn hingegen in einem angestellten Erbtheilungsprocess der eine Litigant eine Sache nicht als erbschaftlich sondern als sein eigen auf Grund eines Singulartitels erklärt, und diese Sache absolut, also auch wenn sein Gegner sie besitzt, dem Erbtheilungsverfahren entzogen wird, so entsteht nirgends Schutzlosigkeit oder Willkür; denn der Litigant, der mit jener Behauptung auftritt, kann selbstverständlich die rei vindicatio anstellen, der Besitzer aber kann ja mit der act. communi dividundo klagen (das übersieht Keller)[1]; denn dieser letztere Satz ergiebt sich durch die Analogie zu der von dem arb. fam. ercisc. geltenden Vorschrift.

Daher erachte ich es als wohlbegründet, wenn Cicero an Aebutius die Frage richtet, warum er denn dem Caecina denuntiirt habe, es sei denn, weil dieser das streitige Grundstück damals besass (— und dass Caecina damals besass, hat ja Cicero schon im § 19 behauptet: in possessione bonorum cum esset —); damit ist die Denuntiation als Ladung zur rei vindicatio gekennzeichnet.

[1]) a. a. O. p. 360 N. 50.

Die besprochene Cicerostelle ist das erste Zeugniss aus der Zeit der Republik, welches die Denuntiation als Ladung betrifft. Dass ich zu diesen Zeugnissen die Aussprüche der Commentatoren von Terenz und Horaz nicht rechnen kann, liegt auf der Hand; jene Commentatoren, Acron[1]) und Donatus[2]), lebten in der Zeit nach M. Aurel. Zwar hat Rudorff auf Grund der (in Note 2) abgedruckten Stelle des Donatus die Denuntiation aus dem scribere dicam in republicanischer Zeit in den Römischen Provinzen abgeleitet[3]), und Bethmann-Hollweg ist ihm hierin beigetreten[4]); hierin liegt indess ein völlig unkritisches Verfahren: ein Commentator, der mehrere Jahrhunderte nach dem zu commentirenden Autor lebt und einen in dieser späten Zeit unverständlichen Ausdruck des Autors (das dicam scribere) durch einen seiner eigenen Zeit angehörigen Act (die Litisdenuntiatio) erklärt, ist wahrlich nicht geeignet, ein Zeugniss über den Zusammenhang der alten und neuen Zeit abzulegen.

Das zweite Zeugniss, welches der Zeit der Republik angehört und uns die Denuntiation als Ladungsform aufweist, ist

l. 4 §§ 4—6 D. de damno inf. 39, 2: Si forte

[1]) Von ihm rührt zu der in § 11 behandelten Horazstelle (v. 76) folgende Erklärung her: denuntiantes litem antestatos habebant quibus praesentibus conveniebant, ita ut aurem eis tertio vellerent; sic Servius magister urbis exponit. Die Erklärung vermischt die in ius vocatio mit der litisdenuntiatio; auch sagt Acron selbst, dass er nicht aus eigener Wissenschaft rede.

[2]) Von ihm rührt zu den Worten des Terenz im Phormio I., 2, 77: et scribam tibi dicam folgende Erklärung her: a denuntiatione in personam, ne diceret: non mihi denuntiasti.

[3]) Röm. Rechtsg. Bd. 2 § 65 No. 2.

[4]) Civilpr. 2, 201. Dieser Schriftsteller verweist überdies auf l. 7 D. de inoff. 7, 2; er sieht darin ein dem Centumviralprocess eigenthümliches Verfahren!!

duretur non caveri, ut possidere liceat, quod causa cognita fieri solet, non duumviros sed praetorem vel praesidem permissuros; item ut ex causa decedatur de possessione. (§ 5) Praetor ait: *dum ei qui aberit prius domum denuntiari iubeam.* Abesse autem videtur et qui in iure non est, quod et Pomponius probat. Verecunde autem praetorem denuntiare iubere, non extrahi de sua domo. Sed „*domum in quam degit denuntiari*" sic accipere debemus, ut, etsi in aliena domo habitet, ibi ei denuntietur; quodsi nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel certe inquilinis (§ 6). Toties autem praetorem exigere denuntiationem intelligendum est, si sit cui denuntietur; ceterum si non sit, veluti quod hereditaria insula est necdum hereditas adita vel si heres non exstet, nec inhabitetur, cessat haec pars edicti; est tamen tutius, libellum ad ipsas aedes proponere; fieri enim potest, ut ita monitus defensor existat.

Das behandelte Edict ist dasjenige, welches über die sog. missio ex secundo decreto wegen verweigerter cautio damni infecti proponirt ist. Der Inhalt des zwanzigsten Capitels der lex Rubria de Gallia cisalpina macht es unzweifelhaft, dass das Edict bereits der republicanischen Zeit angehört.

Da Wieding unsere l. 4 bereits interpretirt hat, so kann ich mich kurz fassen, und werde bloss bei zwei Punkten, in welchen ich von Wieding abweiche, verweilen.

Die missio in possessionem gehört zwar zum imperium mixtum, allein die erste Missio ist vom Prätor den Municipalmagistraten delegirt [1]); er selbst schreitet

[1]) l. 1 l. 4 § 3 D. de damno inf. 39, 2.

erst ein, wenn wegen verweigerter Caution die zweite Missio verlangt wird (si forte duretur non caveri[1]). Natürlich kann die Gewährung der zweiten Missio erst nach causae cognitio geschehen (quod causa cognita fieri solet[1]); also muss der Eigenthümer des gefahrdrohenden Grundstücks geladen werden[2]), und wenn man sich unserer Erklärung der l. 68 D. de iud. 5, 1 erinnert (oben S. 53 f.), so ergiebt sich die Erklärung der Worte:

> dum ei qui aberit prius domum denuntiare iubeam.

Sie bedeuten: es soll zuerst eine denuntiatio suo nomine erfolgen und, wenn diese nicht möglich ist oder wenn der Beklagte nicht erscheint (si aberit)[3]), so geschieht die denuntiatio ex auctoritate, und zwar durch Zustellung in seiner Wohnung; hat er keine Wohnung, durch Zustellung ans Grundstück, indem man seinem dort wohnenden Vertreter oder Hausgenossen behändigt, und wenn es auch an solchen fehlt, durch Anschlagen des Libells an das Haus.

Von Wieding weiche ich nun in einem doppelten Punkte ab.

---

[1]) l. 4 § 4 D. eod.

[2]) Die Nothwendigkeit dieser Ladung bestreitet Burckhard, cautio damni infecti S. 552 f.; er bezieht die in l. 4 § 5 cit. erwähnte denuntiatio ex auctoritate auf das Verfahren bei der Beantragung der cautio damni infecti; sei sie geschehen, so erfolge die missio ex primo und ex secundo decreto ohne Vorladung des Gegners. Ich vermag ihm nicht beizutreten, schon aus dem Grunde, dass der Prätor alsdann die zweite missio verordnet hätte, während der Beklagte bloss vor den Municipalmagistrat vorgeladen worden war.

[3]) Diese Worte werden erklärt mit: *et* qui in iure non est, d. h. die Absentia wird in dem doppelten oben S. 54 besprochenen Sinne genommen.

Zunächst nimmt Wieding *stets* eine doppelte Ladung [1]) an: eine denuntiatio suo nomine und eine darauf folgende ex auctoritate; er übersieht dabei das Wörtchen „et“ in der Phrase: abesse autem videtur *et* qui in iure non est; er interpretirt, als wenn Ulpian die Worte „qui aberit“ mit dem in iure absens identificirt hätte, während aus dem Wörtchen et die doppelte Bedeutung von Absentia (oben S. 53) zu folgern ist. Bedeutet aber qui aberit auch den am *Klage*ort Abwesenden, so ist darunter ein Nichtgeladener zu verstehen; zwar möchte man einwenden, dass einem solchen die Ladung am *Wohn*ort zugestellt werden könne; allein daraus folgt nur, dass die Absentia weiter gefasst werden muss (als Abwesenheit am Klag- und Wohnort), dass also der Sinn der ist, es habe der Beklagte wegen Abwesenheit am Klag- und Wohnort nicht geladen werden können; denn wäre der Sinn ein anderer, so würde das Wörtchen et überflüssig sein. Meine Interpretation ist deshalb von Wichtigkeit, weil damit der Wiedingschen Behauptung, es setze die denunt. ex auctoritate *stets* eine voraufgehende denunt. ex iure actoris voraus, die Grundlage entzogen wird; dieser Satz ist als Regel richtig (oben S. 18), aber es gab Ausnahmen davon; ausser der soeben dargestellten Ausnahme habe ich oben S. 43 f. eine zweite bei l. 5 § 2 D. dep. 16, 3 nachgewiesen, und ich werde später bei Behandlung von l. 26 §§ 7. 9 D. de fideic. lib. 40, 5 eine dritte Ausnahme nachweisen (unten S. 104 ff.).

Meine zweite Differenz von Wieding ist folgende. Er denkt, dass die Denuntiation, wenn die Person des Denuntiaten nicht in der Wohnung anzutreffen ist, an die Thür des Wohnhauses angeschlagen werde [2]). Dem-

---

[1]) Libellpr. S. 304 f.

[2]) Libellpr. S. 324.

gegenüber betone ich, dass das Peremtorium, um ein giltiges Contumacialurtheil zu ermöglichen, zur Kenntniss des Denuntiaten gekommen sein muss[1]). Da nun aber das Peremtorium durch drei Denuntiationen vertreten wird, so müssen sicherlich auch diese zur Kenntniss des Denuntiaten gekommen sein. Dass eine Denuntiation, welche dem Denuntiaten nicht persönlich bekannt wird, gleichfalls ihre Wirkungen hat, werden wir später sehen (vgl. § 13) bei Gelegenheit des sog. sct. Juvencianum, allein jedenfalls können sie nicht zum Contumacialurtheil führen. So ist es ja auch im Falle der l. 4 §§ 5. 6 cit.; der Klagantrag geht auf Cautionsbestellung, der Prätor aber verurtheilt den nichterscheinenden Beklagten nicht etwa zur Cautionsbestellung oder zum Ersatz des Interesse[2]), sondern er ertheilt dem Kläger eine endgiltige Possessio. *So liegt denn in der Stelle ein Zeugniss dafür, dass nach dem prätorischen Edicte ein Contumacialurtheil auf Grund voraufgehender denunt. ex auctoritate nicht gefällt worden ist.*

2. § 13. Die Denuntiation in der Kaiserzeit vor M. Aurel.

Hier ist besonders auf zwei Senatusconsulte einzugehen, aus denen folgt, dass schon vor M. Aurel die Litisdenuntiation eine feststehende Ladungsform war. Die beiden Senatusconsulte sind das Rubrianum unter Trajan und das sog. Juvencianum unter Hadrian.

---

[1]) l. 23 § 3 D. de app. 49, 1; l. 1 § 3 D. quae sent. 49, 8 oben S. 63 ff.

[2]) Die Klage aufs Interesse kann vielmehr erst nach einer Verhinderung des Missus angestellt werden; s. hierüber Burckhard, cautio damni inf. S. 584 ff.

Der Text des Rubrianum ist überliefert in

l. 26 § 7 D. de fideic. lib. 40, 5: Subventum libertatibus est senatusconsulto, quod factum est temporibus divi Traiani sub Rubrio Gallo et Caelio Hispone consulibus in haec verba: *Si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a praetore adesse noluissent, si causa cognita praetor pronuntiasset, libertatem his deberi, eodem iure statum servari, ac si directo manumissi essent* . . . (§ 9). Evocari autem a praetore oportet eos, qui fideicommissam libertatem debent; ceterum nisi fuerint evocati, cessat Rubrianum senatusconsultum; proinde denuntiationibus et edictis literisque evocandi sunt.

Zweierlei hebe ich zur Erklärung des Senatusconsults hervor: zuerst die Art des evocare, sodann den Inhalt des vom Prätor gesprochenen Urtheils.

Dass unter evocari a praetore nicht eine richterliche Ladung, d. h. nicht eine Ladung verstanden werden darf, welche der Prätor durch seine Diener vollziehen lässt, das ergiebt sich schon daraus, dass in den Quellen theils von evocari *ad* praetorem die Rede ist [1]), theils ausdrücklich der Kläger als Evocant bezeichnet wird [2]). Nun sagt zum Ueberfluss Ulpian in seinem Commentar, dass die Evocation denuntiationibus et edictis literisque evocandi sunt; bei der Auffassung dieser Worte folge ich durchaus den Ausführungen Wiedings; es ist dadurch festgestellt, dass denuntiatio, edictum, literae nicht verschiedene Ladungsarten, sondern verschiedene Momente einer einzigen Ladung sind: zuerst genehmigt der Magistrat durch ein edictum die Ladung, sodann giebt er dem Kläger literae an die örtliche Gerichts-

---

[1]) l. 1 § 2 D. de insp. ventre 25, 4.

[2]) l. 8 § 5 D. qui satisd. 2, 8; l. 3 pr. C. de procur. 2, 12; vgl. ferner l. 1 § 2 D. de test. 22, 5.

behörde des entfernt wohnenden Beklagten, weil diese allein die Pfändung, Multirung, Verhaftung gegen ihn anwenden kann [1]), endlich besorgt der Kläger die Denuntiation an den Beklagten. Freilich lebte Ulpian nach M. Aurel; aber wenn die Evocation vor M. Aurel nicht durch Denuntiationen des Klägers, sondern direct durch den Diener des Prätor erfolgt wäre, so hätte sie auch *nach* M. Aurel in dieser letzteren Weise wenigstens erfolgen *können*, und Ulpian hätte einer doppelten Evocationsart gedenken müssen. — Uebrigens ist zu bemerken, dass der die Freiheit ansprechende Sclave das Edict resp. die Literae selbst auswirken und die Denuntiation selbst ausrichten konnte; es wird ein praktischer Fall berichtet, in welchem solche servi cognita voluntate defuncti fideicommissam libertatem petiissent et heredem ad praetorem perduxissent [2]), und auch einem suis numis emtus wird das Recht des consistere cum domino suo zugesprochen [3]).

Das vom Prätor gesprochene Urtheil lautet:

libertatem his deberi [4]).

---

[1]) Ist der Beklagte der Zwangsgewalt des vorladenden Magistrats unterworfen, so fallen also die Literae weg; vergl. unten unsere Darstellung dés sog. sctum Juvencianum.

[2]) l. 43 D. de act. emti 19, 1.

[3]) l. 5 pr. D. de manum. 40, 1. Die Zweifel von Hartmann (Contumacialverf. S. 164) sind also ungegründet. Wohl aber darf man behaupten, dass der Sclave nicht die in ius vocatio und das Vadimonium gebrauchen konnte; bezüglich des Vadimonium liegt es auf der Hand; wie sollte er aus der dabei abgeschlossenen Stipulation Gläubiger seines Herrn werden können? Aus dem Vadimonium lässt sich aber auf die in ius vocatio zurückschliessen.

[4]) Ob der Text richtig, oder ob nicht vielmehr zu lesen ist: ab his deberi (hi bedeutet im Eingang des Senatsschlusses die belasteten Fideicommissare und soll nun auf einmal auf die mit

Darin ist offenbar ein Contumacialurtheil enthalten. Es ist ein Contumacialurtheil nach voraufgegangener Denuntiation *vor* M. Aurel. Aber freilich die Elemente, für welche es verordnet ist (— es handelt sich um Sclaven, Freiheit und Legat —), zeigen, dass es sich um einen ausserordentlichen, im Vergleich zu der Masse der Processe verhältnissmässig seltenen, und von alter Zeit her begünstigten Fall handelt; daher darf ich trotzdem noch immer den M. Aurel als Schöpfer des Contumacialurtheils bezeichnen. Dass ferner das Verfahren in diesem Fall stets selbständig und getrennt von anderen Contumacialprocessen gehalten worden ist, ersieht man aus dem Commentar von Ulpian; er verlangt nicht eine dreimalige Denuntiation (wie sie sonst feststand), sondern bloss eine einmalige denunt. ex auctoritate; dass ihr eine denunt. suo nomine vorhergehen müsse, wird von ihm nicht gesagt. — —

Das sog. sctum Juvencianum berührt unsere Materie erst an seinem Schlusse:

> l. 20 § 6 D. de her. pet. 5, 3: . . . . Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut literis vel edicto evocatus esset.

Bei der Auffassung dieser Worte weiche ich von Wieding[1]) ab. Offenbar enthalten sie einen Gegensatz von denuntiatio und evocatio; diesen leugnet Wieding; er behauptet, das Gesetz spreche bloss von einer denuntiatio ex auctoritate, und es könne diese entweder durch persönliche Ankündigung an den Denuntiaten (cum primum aut denuntiatum ei esset) oder durch Anschlag

---

der Freiheit Bedachten bezogen werden), das bleibe dahingestellt; der Sinn ist jedenfalls klar.

[1]) Libellprocess S. 334. 353 f.

ans Haus (aut literis vel edicto evocatus esset) erfolgen. Indess liegt das Willkürliche dieser Interpretation auf der Hand; einmal, weil auch die erstere Weise (nach Wiedings eigenem Zugeständniss) eine evocatio literis vel edicto enthält, sodann, weil die evocatio literis vel edicto nicht mit Anschlag ans Haus identificirt werden darf. Ich beziehe die erste Hälfte der Gesetzesworte (cum primum aut denuntiatum esset) auf die denuntiatio suo nomine, die zweite Hälfte (aut literis vel edicto evocatus esset) auf die denuntiatio ex auctoritate. Der Gesetzgeber beabsichtigt, eine neue Folge an die Denuntiation zu knüpfen: fortan sollen die Wirkungen der mala fides eintreten; eine so bedeutsame Neuerung führt der Gesetzgeber mit Vorsicht ein, und er verordnet, dass die erste Ladung (die den. suo nomine) zwar auch einem Procurator behändigt werden könne [1]), dass aber die mala fides nur bei persönlicher Mittheilung der ersten Ladung an den Denuntiaten selbst eintreten solle [2]); dahingegen solle die zweite Ladung (die den. ex auctoritate) stets die Folgen der mala fides nach sich ziehen, gleichviel ob sie persönlich an den Geladenen behändigt worden oder nicht. Dieser Gedankengang rechtfertigt nicht bloss den inneren Gegensatz von erster und zweiter Ladung, sondern auch den Sprachgebrauch des Senatsschlusses: bei der ersten Ladung musste die Denuntiation, bei der zweiten die Evocation betont werden. Auch die Formel literis vel edicto ist durchaus erklärlich; bei einem Beklagten, welcher nicht der örtlichen Gerichtsgewalt des Magistrats unterworfen ist, muss der letztere Literae an den Ortsrichter ergehen lassen, bei einem seiner ört-

[1]) l. 20 § 11 D. de her. pet. 5, 3.

[2]) S. l. 20 § 11 cit.

lichen Gerichtsgewalt Unterworfenen genügt sein Edict (seine Auctoritas).

Die beiden Senatusconsulte erwecken leicht den Schein, dass die Litisdenuntiation bloss in den Sachen als Ladungsform gebräuchlich war, welche unstreitig der extraordinaria cognitio unterworfen sind. Meines Erachtens liefern schon die Cicerostelle (§ 12) und die l. 5 § 2 D. dep. 16, 3 (oben § 5) eine genügende Widerlegung; allein zu vollerem Beweise möge noch eine Stelle behandelt werden, welche ich schon deshalb anführen muss, weil sie meine Differenzen von Wieding klarstellt, l. 7 D. de inoff. test. 5, 2:

> Quemadmodum praeparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus; et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit, is, si comminatus tantum accusationem fuerit, vel usque ad denuntiationem vel libelli dationem praecesserit, ad heredem suum accusationem transmittet, idque divus Pius de libelli datione et denuntiatione rescripsit. Quid ergo, si in potestate non fuerit, an ad heredem actionem transmittat? Et recte videtur litem praeparasse, si ea fecerit, quorum supra mentionem habuimus.

Uns, die wir die Zeit vor M. Aurel behandeln, geht bloss das von Paulus berichtete Rescript des Antoninus Pius an. Darnach liegt die Präparation der querela inofficiosi vor, wenn ein gewesener Haussohn usque ad denuntiationem vel libelli dationem praecesserit; Wieding [1]) sieht in diesen Worten nicht die Bezeichnung zweier Processstufen, sondern nur die mit der Uebergabe eines Libells

[1]) Libellprocess S. 308. 334. 362 f. Er ändert deshalb den Text aus denuntiatio *vel* libelli datio in denuntiatio *et* libelli datio; s. namentlich S. 363.

verbundene denuntiatio ex auctoritate. Mir scheint es klar zu sein, dass wir vielmehr zwei Processstufen anzunehmen haben: die denunt. suo nomine und die ex auctoritate; ich habe nachgewiesen, dass auch die denunt. suo nomine mit einem gerichtlichen Act verbunden ist (§§ 3. 5), die libelli datio geschieht zunächst an den Prätor bei Erbittung der Auctoritas [1]); folglich besagte das Rescript des Pius, dass die Präparation der Inofficiositätsquerel in irgend einem gerichtlichen Schritt liege, sowohl in der den. suo nomine als in der ex auctoritate, und sicherlich ist dies ein juristisch fassbarer Act. Paulus freilich geht darüber hinaus, ihm genügt auch das comminari accusationem; Wieding versteht darunter die den. suo nomine; das ist ohne allen Anhalt in den Worten, vielmehr ist unter dem comminari ein rein aussergerichtlicher Act zu verstehen, wie auch Ulpian und Caracalla sich an einem solchen genügen lassen [2]).

Aus den citirten Fragmenten geht hervor, dass die Litisdenuntiation schon vor M. Aurel in solchen Sachen zulässig war, welche bei Anwendung von in ius vocatio oder Vadimonium in den Formen des ordo iudiciorum verhandelt wurden.

§ 14. Fortsetzung. **Wirkungen der Denuntiation vor M. Aurel.**

Nunmehr aber drängt sich die Frage auf: welche Wirkungen waren vor M. Aurel mit der Denuntiation verknüpft? Eine allgemeinere Betrachtung mag der Beantwortung der Frage voraufgehen.

---

[1]) Vat. fr. § 167.

[2]) Ulpian in l. 6 § 2 D. de inoff. test. 5, 2, Caracalla in l. 5 C. de inoff. 3, 28; in letzterer Stelle heisst es: causam quocumque modo illi placitam.

Am Ende des vierten Buches, am Ende der Lehre von dem Process wendet sich Gaius zu der Einleitung des Processes: zur Ladung; da er hiebei bloss von in ius vocatio und vadimonium spricht, so ist es begreiflich, dass die gemeine Meinung die Denuntiation als eine jedenfalls dem alten Recht völlig unbekannte Ladungsform betrachtet.

Dabei hat man die Form übersehen, in welcher die Handschrift des Gaius auf uns gekommen ist; wer möchte verbürgen, dass der § 187 wirklich der Schlussparagraph des Gaianischen Werkes ist, dass nicht noch einige Sätze ihm gefolgt sind, in welchen die Denuntiation behandelt war? Der Umstand, dass auch die Justinianischen Institutionen (IV, 16) von der Denuntiation schweigen, ist nicht beweisend; die Compilatoren haben ja oft genug die Denuntiation getilgt (s. unten §§ 22. 24). — Endlich bleibt auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass Gaius die grossen Reformen Marc Aurels bezüglich des Denuntiationsprocesses nicht erlebt hat; das ist denkbar, trotzdem er unbestritten unter M. Aurel gelebt hat.

Das sollte doch auf der anderen Seite nicht übersehen werden, dass in ius vocatio und vadimonium durchaus auf städtische Verhältnisse berechnet sind. Sie reichen gegen die Stadtbewohner aus, gegen den Bauer hingegen nur dann, wenn er zu Markte oder zu den Comitien kommt. Sobald der Römische Staat sich derartig erweiterte, dass seine Bevölkerung nicht mehr zu gewissen Gelegenheiten (Markttagen, Comitien) die Stadt besuchte, so musste das Unzureichende von in ius vocatio und vadimonium offen hervortreten, und es musste eine neue Ladungsform geschaffen werden. Mit Nothwendigkeit scheint mir hieraus hervorzugehen, dass die Denuntiation in eine ziemlich frühe Zeit (— Vermuthungen wären ebenso willkürlich wie über-

flüssig —) gesetzt werden muss; sie war die einzig mögliche Ladungsform gegenüber den an anderem Orte Wohnenden; sie war leicht durchführbar, da sie Stellvertretung auf beiden Seiten zuliess[1]). Es bedurfte ferner kaum eines Gesetzes, um die Denuntiation einzuführen; der Gerichtsgebrauch war hierzu völlig genügend; für die denunt. suo nomine genügte es, wenn der Prätor den in §§ 3. 5 nachgewiesenen gerichtlichen Act, welcher neben der Ankündigung an den Gegner stattfand, entgegennahm; zur Ertheilung der Auctoritas bei der denunt. ex auctoritate war der Prätor vermöge seines ius vocationis befugt.

Aus dem Gesagten ergiebt sich aber auch, dass die Denuntiation eine bedeutende Rolle im Processverkehr selbst dann spielte, wenn an dieselbe im Anfang keine volle Wirkung geknüpft war.

Die Wirkung der in ius vocatio (Nothwendigkeit des sofortigen Folgens) resp. des Vadimonium (Nothwendigkeit des Erscheinens am verabredeten Tage) trat bei der denuntiatio suo nomine nicht ein. Der Beklagte, welcher sich um die letztere nicht kümmerte, unterlag keinen rechtlichen Nachtheilen; aber er riskirte, dass der Denuntiant demnächst eine in ius vocatio gegen ihn vornahm, und dass er gegenüber dieser in ius vocatio vom Municipalmagistrat[2]) zu keinem Vadimonium verstattet wurde, sondern dass er sofort folgen oder einen Vindex stellen musste[3]).

---

[1]) l. 20 § 11 D. de her. pet. 5, 3; l. 4 § 5 D. de damno inf. 39, 2.

[2]) Ich setze im Texte einen Municipalen als Denuntiaten voraus, weil ich die Denuntiation *anfänglich* auf die am andern Orte Wohnenden beschränken möchte.

[3]) So verstehe ich den Schlusssatz des cap. 21 der l. Rubria. Meines Erachtens hat der nach Rom in ius vocirte Municipale stets das Recht, einen Vindex zu stellen; allein zur Abschliessung

Dahingegen ist der missachteten denunt. ex auctoritate eine Zwangswirkung beigelegt, freilich nicht dieselbe wie dem gebrochenen Vadimonium, aber doch eine Wirkung, welche empfindlich traf. Dem gebrochenen Vadimonium folgte die missio in bona, der missachteten denunt. ex auctoritate folgte Mult oder Pfändung; die Interpretation der l. 7 pr. D. de in int. rest. 4, 1 hat dies näher erwiesen (S. 79 ff.).

Kurz, meines Erachtens hatte der Denuntiat auch vor M. Aurel allen Anlass, die Denuntiation nicht bei Seite zu setzen; sie mochte ihm namentlich Anlass geben, mit dem Denuntianten einen Termin zum Erscheinen vor dem Prätor brieflich zu verabreden. Das ist der Grund, weshalb ich oben behauptete, dass die Denuntiation vor M. Aurel eine grosse Rolle gespielt hat, trotzdem ihr damals die volle Wirkung fehlte.

Aber man ging weiter und knüpfte an die Denuntiation Wirkungen, welche der in ius vocatio sowie dem Vadimonium fehlten. Es wiederholt sich hier ein Vorgang, der in einer anderen Materie längst die Aufmerksamkeit der Civilisten gefunden hat. Während nämlich nach dem alten Civilrecht die Agnation der Familienverbindung zu Grunde liegt, stellt sich ihr schon in republicanischer Zeit in manchen Beziehungen die Cog-

des Vadimonium nach Rom erhält er erst die Befugniss ex decreto eius quei ibei iure deicundo praerit; der Municipalmagistrat hat zu befinden, ob er zum Vadimonium verstattet werden soll; wird dies verweigert, so muss der Municipale einen Vindex stellen oder sofort folgen. Karlowa (Legisactionen S. 332) scheint mir hiernach dem Schlusssatz des cap. 21 cit. nicht ganz gerecht zu werden. Darin stimme ich selbstverständlich mit ihm wie mit Bethmann-Hollweg (Civilpr. II., 198 N. 14) überein, dass das aussergerichtliche Vadimonium nicht im Belieben des Beklagten stand, sondern von der Zustimmung des Klägers abhing.

nation zur Seite; da erscheinen denn mehrere Gesetze, welche den Cognaten besondere Rechte verleihen: die l. Cincia und die l. Furia testamentaria nehmen gewisse Cognaten von den beschränkenden Schenkungs- und Legatsgrundsätzen aus, und die Jurisprudenz sieht sich gezwungen, den Satz aufzustellen: qui est agnatus, et cognatus est; cognationem facit etiam adoptio[1]).

So erhielt auch die Denuntiation besondere Wirkungen, welche der in ius vocatio und dem vadimonium fehlten, aber in der Folge auf dieselben übertragen wurden.

Von zweien dieser Wirkungen, der mala fides bei der denuntiirten hereditatis petitio und der Transmission der denuntiirten querela inofficiosi habe ich bereits gehandelt (§ 13), und ich habe dabei insbesondere gegen Wieding ausgeführt, dass die beiden Wirkungen schon an die denuntiatio suo nomine, nicht erst an diejenige ex auctoritate geknüpft waren.

Die gedachten beiden Wirkungen stammen aus der Zeit *vor* M. Aurel. Ich will aber diesen Gegenstand (des Zusammenhangs wegen) über die Zeit M. Aurels hinaus in diesem Paragraphen verfolgen. Dabei verwahre ich mich gegen die Unterstellung, als wolle ich den Asverusschen Gedanken wieder aufnehmen, dass später die vollzogene Denuntiation völlig an Stelle der Litiscontestation getreten und deren Wirkungen sämmtlich nach sich gezogen habe. Diesen Gedanken halte ich eben so sehr für falsch und unerweisbar wie alle Recensenten des Buches von Asverus. Meine nachstehende Darstellung wird ergeben, dass ich nur in wenigen einzelnen Beziehungen die Denuntiation an Stelle der Litiscontestation setze.

---

[1]) l. 10 § 4 D. de grad. cogn. 38, 1; l. 1 § 4 D. unde cogn. 38, 8.

Zunächst ist hier die Litigiosität zu erwähnen [1]). Justinian hat sie in den Moment der Citation gesetzt:

> Nov. 112 c. 1: Propterea sancimus ut litigiosa dicatur et intelligatur res mobilis vel immobilis vel se movens, de cuius dominio inter actorem et reum quaestio movetur vel per iudicialem citationem vel per oblatas imperatori preces iudicique insinuatas et per eum adversario actoris notas factas.

In der Vorrede zur gedachten Bestimmung berichtet Justinian von einer alten Controverse, die er abthun wolle:

> Multa quidem de litigiosis quum a sapientibus ex antiquis legislatoribus tum etiam imperialibus constitutionibus dicta sunt, in praesentia vero iudices serenitatem nostram rogarunt, ut controversiam hucusque (im griechischen Text: *ἔτι καὶ νῦν*) in eiusmodi causis in dicasteriis motam decideremus, et leges atque constitutiones de his latas clarius explicaremus, ut in posterum extra controversiam sit, quas res litigiosas vocari conveniat.

Die Controverse betraf demnach den Begriff der Litigiosität, sie war eine alte Controverse, die sich bis zu Justinians Zeit (*ἔτι καὶ νῦν*) hingeschleppt hatte. Nun lesen wir in

> l. 1 pr. D. de litig. 44, 6: Litigiosam rem non facit denuntiatio, quae impediendae venditionis causa fit (Ulpian).

Solche Denuntiationen, deren Inhalt bloss in der Aufforderung bestand, nicht zu verkaufen resp. zu kaufen,

---

1) Wieding hat sich mit diesem Punkte nicht beschäftigt.

werden mehrfach in den Quellen erwähnt[1]); sie enthalten Responsa und Rescripte, und ich würde bei ihnen das argumentum a contrario für gewagt erachten. Anders jedoch bei Ulpian, der den Satz allgemein lehrt, dass diejenige Denuntiation, welche Zwecks des Verbots eines Verkaufs geschieht, nicht die Litigiosität bewirke; diese allgemeine Behauptung berechtigt und zwingt zu dem Gegenschluss, dass diejenige Denuntiation, die *zum Zwecke der Einleitung des Processes* geschieht, die Litigiosität nach sich ziehe; Ulpian wenigstens gehörte zu den Juristen, die diese Ansicht vertheidigten, und wenn wir sonst von dieser Ansicht in der Compilation keine Spuren finden, so rührt das daher, dass Tribonian sich zur entgegengesetzten Meinung bekannte[2]). Hervorgehoben muss werden, dass die arg. c. contr. gefundene Denuntiation nur suo nomine und nicht ex auctoritate gewesen sein kann; dies verlangt die Vergleichung mit der denuntiatio impediendae venditionis causa.

Als fernere Bestimmung ist das Theodosische Gesetz über die allgemeine Klagenverjährung zu erwähnen; diese Verjährung wird durch die Denuntiation unterbrochen:

> l. un. § 1 C. Th. de act. certo temp. fin. 4, 14: . . Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam licet per adnotationem meruisse responsum vel etiam iudiciis allegasse, nisi allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita fuerit

[1]) l. 47 pr. D. de min. 4, 4; l. 1 C. de litig. 8, 36; l. 13 C. de resc. vend. 4, 44; cf. l. 17 C. de rei vind. 3, 32.

[2]) l. 13 D. fam. erc. 10, 2; l. 1 C. comm. div. 3, 37; l. 2 l. 4 C. de litig. 8, 36.

subsecuta[1]) conventio. In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam in iudicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta annorum devoluto curriculo tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur (Theodos. ao. 424).

Eine eigenthümliche, meines Erachtens unrichtige Interpretation des Gesetzes ist von Wieding aufgestellt[2]). Er unterscheidet zwei Fälle, je nachdem der Verklagte auf die erste Ladung (die den. suo nomine) ausbleibt oder erscheint; auf den ersten Fall bezieht er den ersten Satz: nec sufficit — subsecuta conventio, auf den zweiten den Schlusssatz: in eandem rationem — comprobantur; und nunmehr stellt er die Meinung auf, dass nach dem ersten Satze wegen der Fruchtlosigkeit der denunt. suo nomine es zur denunt. ex auctoritate komme, und dass, gegenüber dem ungehorsamen Beklagten die Unterbrechung der Klagverjährung in den Moment der denunt. ex auctoritate falle; den zweiten (Schluss-) Satz interpretirt Wieding dahin, dass er das Erscheinen des Beklagten voraussetze, dass es deshalb zur Litiscontestation komme, und dass alsdann gegenüber dem erschienenen Beklagten die Unterbrechung der Klagverjährung mit der Litiscontestation *(wie nach bisherigem Recht)* verbunden sei. Ein Blick auf den Text ergiebt die Unrichtigkeit der Wiedingschen Interpretation des Schlusssatzes; dieser Schlusssatz handelt nicht von der Klagverjährung, sondern von der Process-

[1]) Der Text der l. 3 C. J. de praescr. XXX vel XL ann. 7, 39 schaltet hier die Worte „per executorem“ ein; darauf komme ich nicht bloss in diesem Paragraphen, sondern später in § 22 zurück; denn sie beweisen die Ersetzung der Denuntiation durch die richterliche Ladung.

[2]) Libellpr. S. 371 f.

verjährung; er besagt, dass die Klagen, über welche Lis contestirt worden, bei neuer Unthätigkeit der Parteien während dreissig Jahre der Verjährung unterliegen sollen [1]). Wir haben es hiernach, sofern es sich um die Klagverjährung handelt, nur mit dem ersten Satz der Constitution zu thun, und nunmehr behaupte ich, dass in allen Fällen (d. h. es mag der Beklagte erscheinen oder nicht) die Unterbrechung der Klagverjährung *nach dem Theodosischen Codex* [2]) in den Moment der denunt. suo nomine fällt [3]), denn der Gesetzgeber bedient sich der Worte: si postulatione deposita fuerit subsecuta conventio; nun wissen wir aber aus meinen Ausführungen in §§ 3—5, dass sowohl mit der denunt. suo nomine als mit derjenigen ex auctoritate ein gerichtlicher Act verbunden war; bei der denunt. suo nomine muss der Kläger beim Prätor seine Klage nur *allgemein* (Grund und Petitum) angeben, bei der Erbittung der denunt. ex auctoritate muss er einen *genau gefassten* Libell überreichen; die Worte „in iudicio postulatione deposita" lassen sich offenbar nur auf jene allgemein gehaltene Angabe der Klage, nicht auf den Libell beziehen. Im Justinianischen Codex freilich ist dies anders; hier ist, wie ich später in § 26 zeigen werde, die denunt. suo nomine völlig geschwunden, und die denunt. ex auctoritate durch die richterliche Ladung ersetzt; hier konnte also die Unterbrechung der Klagverjährung nur in den Moment der richterlichen Ladung

[1]) Justinian hat sie auf vierzig Jahre ausgedehnt: l. 9 pr. C. de praescr. XXX et XL ann. 7, 39.

[2]) Ueber den Justinianischen Codex vergl. die gleich folgende Darstellung.

[3]) Aehnlich in einem älteren Gesetz, der l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 von Constantin; hier wird, wenn der nominirte Grundeigenthümer der laudatio auctoris nicht folgt, fingirt, dass die longi temporis praescriptio mit seiner ersten Ladung unterbrochen worden sei.

verlegt werden, und daher haben die Compilatoren zu den Worten der Theodosischen Constitution einen Zusatz gemacht; sie lautet in

l. 3 C. J. de praescr. XXX vel XL ann. 7, 39: ... aut in iudicio postulatione deposita fuerit subsecuta *per exsecutorem* conventio.

Gerade dieser Zusatz beweist, dass die Compilatoren sich einer Neuerung bewusst waren; wäre die Wiedingsche Ansicht richtig, so hätten sie den Theodosischen Text unverändert übernehmen müssen [1]).

Wieding will noch eine Wirkung an die Denuntiation (und zwar an diejenige ex auctoritate) knüpfen, nämlich die Wirkung der Praevention [2]); ich kann indess nicht zugeben, dass die Quellen [3]) hier lediglich von der Denuntiation handeln, mir scheint es, dass sie sich auf *alle* Ladungsformen in gleicher Weise beziehen.

Die Meinung Mühlenbruchs, dass auch die bei der Cession vorgeschriebene Denuntiation eine mit einer Wirkung der Litiscontestatio ausgestattete litisdenuntiatio sei, ist bereits von Windscheid zurückgewiesen worden [4]).

Ich recapitulire nunmehr die Bedeutung der Denuntiation in der Zeit vor Marc Aurel in folgenden Worten:

---

[1]) Wieding erkennt an, dass er dieses emblema Triboniani erklären müsse; er nimmt nun Bezug auf seine Unterscheidung des erscheinenden resp. ausbleibenden Beklagten, und behauptet, dass die Compilatoren, „um beide Fälle scharf zu sondern", die Worte per exsecutorem eingeschoben haben (Libellpr. S. 373). Da aber, wie gezeigt, diese Unterscheidung mit ihren Folgerungen unrichtig ist, so ist auch die Wiedingsche Erklärung des Emblems nicht zutreffend.

[2]) Libellpr. S. 375 ff.

[3]) l. 7 D. de iud. 5, 1.

[4]) Mühlenbruch Cession S. 83. 84. der 3. Aufl.; Windscheid Actio S. 141.

Die Denuntiation bestand schon seit der republicanischen Zeit als Ladungsform neben der in ius vocatio und dem Vadimonium; sie zerfiel in die beiden Arten der denunt. suo nomine und ex auctoritate; sie hatte mehrere Wirkungen, welche ursprünglich den anderen beiden Ladungsformen abgingen und erst hierauf auf diese übertragen wurden (mala fides der denuntiirten hereditatis petitio, Transmission der denuntiirten querela inofficiosi, Litigiosität der durch Denuntiation eingeklagten Sache). Aber es bestand noch kein Denuntiationsprocess und dies hat eine doppelte Bedeutung:

1. Der contradictorische Denuntiationsprocess existirte noch nicht. Das heisst: wenn der Beklagte erschien, so fanden nicht die Grundsätze Anwendung, welche ich oben in § 5 als die dem contradictorischen Denuntiationsprocesse eigenthümlichen nachgewiesen habe; vielmehr verlief der Process, wie wenn er durch in ius vocatio oder Vadimonium eingeleitet worden wäre: mit Ernennung eines Geschworenen, ohne viermonatliche Beweisfrist; auch die Bestimmung, dass der Beklagte in der nächsten sessio pro tribunali zu erscheinen habe, galt noch nicht; doch bin ich nicht im Stande, die an ihrer Statt geltende Regel nachzuweisen.

2. Der contumaciale Denuntiationsprocess, der in mehrfacher Ladung sich entwickelt und in ein Contumacialurtheil ausläuft, existirte noch nicht. Das heisst: wenn der Beklagte nicht erschien, so konnte der Prätor, wenn er dem Process Fortgang geben wollte, bloss zu seinen Zwangsmitteln (Pfändung, Multirung, Verhaftung) greifen, um den Beklagten vor Gericht zu schaffen, und hierauf das gewöhnliche contradictorische Verfahren zu beginnen. Bloss eine einzige Ausnahme fand statt: das Contumacialurtheil behufs Verwirklichung der fideicommissaria libertas auf Grund des sct. Rubrianum.

IV. Der Denuntiationsprocess im Theodosischen Codex.

---

1. § 15. Die Form der Denuntiation.

Drei Titel des zweiten Buchs des Theodosischen Codex betreffen die Denuntiation und den Denuntiationsprocess; es sind dies:

II, 4: de denuntiatione vel editione rescripti.
II, 6: de temporum cursu et reparationibus denuntiationum.
II, 7: de dilationibus.

Ich werde den Inhalt der Constitutionen unter fünf Rubriken behandeln: 1. die Form der Denuntiation, 2. die an die Denuntiation sich anschliessenden Fristen, 3. die Reparation und die Dilation der Fristen, 4. die Bedeutung der Fristen, 5. die Ausnahmen vom Denuntiationsprocess (§ 15 — § 19).

Was *die Form der Denuntiation* betrifft, so enthält ein Gesetz von Constantin aus dem Jahre 322 einerseits einen Bericht über die bisherige Form der Denuntiation, andererseits eine Verordnung über die Form, welche fortan beobachtet werden soll:

> l. 2 C. Th. de denunt. vel edit. rescripti 2, 4: Denuntiare vel apud provinciarum rectores vel apud eos, quibus actorum conficiendorum ius est, decernimus, ne privata testatio mortuorum aut in diversis terris absentium aut eorum, qui nusquam

gentium sunt, scripta nominibus falsam fidem rebus non gestis affligat.

Darnach war die Form der Denuntiation vor Constantin eine privata testatio scripta, ein reiner Privatact vor Zeugen unter gleichzeitiger Aufnahme einer Urkunde; es ist bekannt, dass solche schriftliche Bezeugungen auch in anderen Materien des Römischen Rechts vorkommen [1]; die Anfertigung der Bezeugungsurkunde gehörte zum Gewerbe der iuris studiosi, advocati, tabelliones, pragmatici, und es konnte diesen die Anfertigung solcher Urkunden zur Strafe untersagt werden [2]. Ausser jenem Constantinischen Gesetz besitzen wir noch ein (bisher übersehenes) Zeugniss über die Form der processualischen Denuntiation in

l. 8 D. pro derel. 41, 7: Sempronius Thetidi status quaestionem facere tentabat, quasi de serva sua nata sit; *qui iam testato conventus a Procula, nutrice Thetidis, in solvendis alimentis*, respondit non se habere, unde alimenta eiusdem exsolvat.

Die Wortverbindung testato *convenire* in solvendis alimentis kann füglich nicht anders als mit Denuntiation zum Zweck der Klage wiedergegeben werden [3], denn der Ausdruck denuntiatione convenire ist in un-

---

[1] Man vgl. z. B. l. 40 pr. D. de v. s. 50, 16 (detestatio est denuntiatio facta cum testatione), l. 22 pr. D. ex qu. c. mai. 4, 6 (eaque testatione complecti oportet), l. 2 D. de naut. foen. 22, 2 (id ipsum testatione complecti debere), l. 39 § 1 D. de leg. II. (eaque dicta in testationem Caium Seium redegisse), l. 7 D. de ass. lib. 38, 4 (assignare et per epistolam vel testationem vel chirographum possumus), l. 8 D. pro derel. 41, 7 (idque cum illa in testationem redegisset). Vgl. noch fr. Vat. 156, 166; nach § 156 wird das Decret testato kundgethan, nach § 166 dient der Ueberbringer des Decrets als Zeuge.

[2] l. 9 §§ 4. 5 D. de poen. 48, 19.

[3] Man wende nicht ein, dass die Procula nicht berechtigt war, Namens der Thetis Alimente zu fordern und einzuklagen,

seren Quellen so häufig, dass Wieding die Behauptung aufgestellt hat, die conventio sei in vielen Fällen der synonyme Ausdruck für denuntiatio ex auctoritate [1]).

Seit Constantin tritt nun an Stelle der privaten Zeugenurkunde eine Bezeugung bei Behörden [2]), und zwar nicht bloss bei richterlichen Behörden (apud rectores provinciarum), sondern auch bei Municipalbehörden (apud eos quibus actorum conficiendorum ius est, z. B. dem curator civitatis, dem magister census [3]). Selbstverständlich ist hiernach, dass die Denuntiation nicht bei dem competenten Richter vorgenommen zu werden brauchte. Im Uebrigen ist die von Constantin vorgeschriebene Form bis in die neueste Zeit bestritten. Bethmann-Hollweg [4]) betont das *apud* (in den Gesetzesworten: *apud* provinciarum rectores vel *apud* eos . . .) und schliesst hieraus, dass die Denuntiation *vor der Behörde* an den gegenwärtigen Beklagten erfolgen musste; seine Meinung hat aber mit Recht keinen Beifall gefunden, schon aus dem Grunde, weil der Denuntiant kein Mittel hatte, den Beklagten, dem er denuntiiren wollte, vor die Behörde zu bringen. Nach Muther brachte der Kläger die Denuntiation bei der

---

denn nicht um ihre Berechtigung handelt es sich in der Lex, sondern bloss darum, dass sie dies wirklich gethan hat.

[1]) Libellpr. S. 337 f.

[2]) Hartmann (Contumacialpr. S. 163 f.) glaubt, dass schon vor Constantin eine Denuntiation bei Behörden vorgekommen sei; als Zeugnisse dafür führt er Stellen an, welche von der denuntiatio ex auctoritate handeln; die Thätigkeit, welche die Behörde bei der letzteren vornimmt (der Befehl zu erscheinen), hat mit der Form der Denuntiation nichts zu thun, deshalb ist die Form der Denuntiation bei der den. suo nomine und ex auctoritate dieselbe.

[3]) Sie haben das ius acta conficiendi nach l. 3 l. 8 C. Th. de donat. 8, 12.

[4]) Civilpr. Bd. 3 S. 235 f.

Behörde an, und diese gab hierauf dem Beklagten davon Kunde[1]); auch diese Meinung muss verworfen werden, einmal weil dann die Denuntiation ihren Charakter als Parteihandlung (ausgehend vom Kläger) verloren hätte, sodann weil das Syrisch-Römische Rechtsbuch ausdrücklich und mehrmals anordnet, dass *der Kläger* dem Beklagten die Denuntiation (die παραγγελία) schicken solle (unten § 21). Mir scheint Wieding das Richtige getroffen zu haben[2]): der Kläger hat noch immer die Denuntiation selbst auszurichten, aber er hat sich an eine Behörde zu wenden, welche ihm einen Subalternbeamten zur Verfügung stellt und der nunmehr als Zeuge des Klägers bei der Denuntiation mitwirkt; auf Grund des Zeugnisses dieses Subalternbeamten stellt dann die Behörde dem Kläger eine öffentliche Beurkundung der geschehenen Denuntiation aus und diese Beurkundung wird sodann bei Gericht deponirt[3]). Soweit Wieding den Beweis seiner Meinung aus Justinianischen Gesetzen zu führen sucht (aus Nov. 99. 53. 112), kann ich ihm nicht beitreten; die herrschende Meinung, wonach der Justinianische Process die Denuntiation nicht kennt, ist m. E. von Wieding nicht widerlegt worden (s. unten § 22), und die von

---

[1]) Sequestration S. 249.

[2]) Libellpr. S. 288 f.: Freilich behauptet Wieding a. a. O. S. 626, dass die Constantinische Verordnung sich nur auf die denuntiatio ex auctoritate, nicht auf die suo nomine beziehe, allein seine Argumente sind ganz unscheinbare, und sie vermögen gegen den Wortlaut der Constitution, die von denuntiare schlechthin und ohne Unterscheidung der einzelnen Arten spricht, nicht aufzukommen; auch die Motivirung Constantins passt auf beide Arten.

[3]) Letzteres folgt aus l. 9 C. Th. de infirm. his quae sub tyrannis 15, 14: . . . . valeat deposita super instituenda lite testatio . . . .

Wieding bei der vorliegenden Materie citirten Novellen handeln nicht von der Denuntiation. Wohl aber wird der Beweis geführt durch l. 5 l. 6 C. Th. de repar. app. 11, 31:

l. 5 cit.: In speculis agat is, adversus quem in sacro auditorio causa reparanda est et, an intra tres menses reparationem adversarius mereatur, exploret, ac statutum scitis triumphalibus diem sedulus in iudiciis litigator observet. Incumbat quoque appellatori cura, ut, si adversarius ex loco, quem habitare consuevit, forte subterfugiat, pergat cum officio publico, hominique eius, quem in loco repererit, conventionem tradat ad adversarium perferendam, idque ita gestum esse curator aut magistratus rescripti publici vel actorum testificatione confirmet . . . .

l. 6 cit.: Reparatis intra mensem tertium ex priore lege temporibus in notitiam hoc ipsum adversarii per denuntiationem ex more celebrandum iubemus sine dilatione perferri . . . .

Es handelt sich um die Reparation der Appellationsfrist; es muss nämlich der Appellant binnen sechs Monaten seine Appellation beim höheren Richter einführen; er kann jedoch, wenn er diese Frist versäumt, binnen einer Frist, die in der Regel drei Monat beträgt, wegen triftiger Entschuldigungsgründe die reparatio appellationis fordern. Der Appellant, welcher diese Reparation erlangt hat, soll nun nach l. 6 cit. seinem Gegner, dem Appellaten, davon Nachricht geben und zwar per denuntiationem more celebrandam. Die l. 5 giebt nun über die Art der Denuntiation genaueren Aufschluss in dem zweiten Satz: incumbat quoque — testificatione confirmet. Danach soll der Appellant, wenn der Appellat etwa, um der Appellation zu entgehen, sich aus seinem Wohnort entfernt hat, sich *mit dem*

officium publicum an den Wohnort des Appellaten begeben und einem dort zurückgelassenen Sclaven die Urkunde, worin er dem Appellaten von der geschehenen reparatio appellationis Mittheilung macht, übergeben, damit der Sclave sie seinem Herrn überbringe; die Municipalbehörde (der curator civitatis) oder die richterliche Behörde (magistratus), zu welcher das officium publicum gehört, soll hierauf dem Denuntianten ein öffentliches Zeugniss ausstellen. Man sieht, dass die Schilderung dieser Denuntiation sich vollständig innerhalb des Rahmens hält, welcher durch das Constantinische Gesetz (l. 2 C. Th. cit.) aufgestellt worden ist. Dass unter dem officium publicum ein Subalternbeamter, ein officialis zu verstehen ist, darüber ist uns durch eine in allerneuester Zeit aufgefundene Inschrift eine Bestätigung zu Theil geworden. Es ist die Inschrift aus der alten Colonie Thamuga in Numidien, welche einerseits eine Rangordnung, andererseits eine Sportelnzusammenstellung enthält[1]); die Sportelnzusammenstellnng scheint dem Gange des Denuntiationsprocesses angepasst zu sein, und sie berichtet gleich im Anfang von den Gebühren, welche dem Vorstand des Bureaus (princeps) dafür zu zahlen sind, dass er einen officialis einen bestimmten Weg hat machen lassen; die Gebühren sind je nach der Länge des Weges verschieden:

> Item quanta commoda consequi debet princeps. ad officialem intra civitatem dandum Italicos tritici modios quinque aut pretium frumenti; intra decimum modios septem aut pretium modiorum septem; etiam per dena milia bini modi vel

---

[1]) S. die Inschrift nebst Commentar von Mommsen (Ephem. epigr. 5, 629 ff.), von Pernice in der Savigny-Zeitschr. f. Rechtsgesch. Romanist. Abth. Bd. 7 S. 113 ff.

eorum praetia subcrescant. si mittendus sit trans mare centum modi vel modiorum centum praetium sufficiet.

Es ist zuzugeben, dass der Officialis auch bei der Execution gegen den Beklagten gleiche Wege zu machen hat wie bei der Behändigung der Denuntiation; allein dass die citirten Worte der Inschrift sich nicht mit der Execution sondern mit der Behändigung der Denuntiation beschäftigen, ergiebt sich eben daraus, dass die Inschrift dem Gange des Processes zu folgen scheint.

2. § 16. Die an die Denuntiation sich anschliessenden Fristen.

An die Denuntiation schliesst sich eine Frist an, deren Dauer und Bedeutung bisher streitig war.

Die Controverse über die Dauer der Frist war dadurch veranlasst, dafs man einerseits die Digestenstelle[1]) übersah, welche ich oben in § 4 als Zeugniss der viermonatlichen Dauer in dem Denuntiationsprocess des sich excusirenden Vormunds nachgewiesen habe, und dass man andererseits das Syrisch-Römische Rechtsbuch, welches die viermonatliche Frist ausser allem Zweifel stellte, nicht kannte. Daher erschienen die wiederholten Bestimmungen des Theodosischen Codex unklar und unvollständig; nunmehr, wo sie aufgehellt sind, ist ihre Beweiskraft eine erhöhtere.

Die Hauptstelle über die Dauer der Frist ist

l. 3 C. Th. de dilat. 2, 7: Inter privatos et fiscum, si privatus actionem intendat, quatuor mensium tempora custodienda sunt; cum vero

---

[1]) Es ist l. 38 D. de excus. 27, 1.

fiscus privato inferat aliquam quaestionem, sex mensium curricula serventur; utrique parti petendae dilationis per defensores suos copia non neganda, si hoc commoditatis ratio postulaverit (Constantius et Constans ao. 340).

Freilich ist hier von einem Process eines Privaten gegen den Fiscus die Rede, aber dass die Privilegien des Fiscus selbst die Frist, die dem Privaten zusteht, beeinflusst hätten, ist bei dem Character der Frist als einer Beweisfrist (unten § 18) nicht wohl denkbar; weshalb sollte der Beweis des Privaten gegenüber dem Fiscus in eine kürzere Frist eingeschlossen werden als gegenüber einem anderen Privaten? Der privilegirte Zustand des Fiscus kommt darin zur Geltung, dass er bei seinen Klagen gegen Private eine sechsmonatliche Beweisfrist hat. Bethmann-Hollweg hat die Beweiskraft unserer Stelle von einem anderen Gesichtspunkt aus angefochten[1]; er behauptet nämlich, dass mit jenen vier resp. sechs Monaten eine Processverjährung in Fiscalsachen verordnet sein soll. Nun ist diese Ansicht schon deshalb unhaltbar, weil nach einem Gesetze Constantins, das in den Theodosischen Codex aufgenommen ist, *alle* Processe des Fiscus und gegen Fiscus innerhalb eines Jahres vollendet werden sollen[2]. Aber auch die besonderen Constitutionen, welche Bethmann-Hollweg für seine Meinung citirt, beweisen seine Meinung keineswegs. Es sind dies l. 3 C. Th. de adv. fisci 10, 15, l. 13 C. Th. de iure fisci 10, 1 und l. 27 § 5 C. Th. de pet. 10, 10.

Die l. 3 C. Th. cit. lautet:

Patroni fiscalium commodorum fidem cum veritate tueantur, ne si forte intra praescriptas causae

[1]) Civilpr. Bd. 3 S. 236 N. 15, S. 195 N. 47.

[2]) l. 4 C. Th. de iure fisci 10, 1.

cognoscendae metas fiscus aliqua circumscriptione fuerit irretitus, collusionis fraude vulgata, ex eorum facultatibus recuperet, quidquid calliditate praevaricationis perdiderit (Constantius ao. 340).

Abgesehen davon, dass in dieser Constitution überhaupt die Dauer der Frist nicht angegeben ist, so ist doch jedenfalls nicht von der Dauer des ganzen Processes die Rede, sondern von der Dauer der causa cognoscenda, und darunter ist die Untersuchung d. h. eben der Beweis zu verstehen.

Die l. 13 C. Th. cit. lautet:

In omnibus fiscalibus causis quisquis iudicum cognitor resederit (exceptis magnificis viris largitionum nostrarum comitibus, quos extra ordinem negotia definire non multo ante latam secundum veteres mores constitutionem praecepimus), si intra eandem provinciam res agatur, duos menses satis abundeque sufficere censemus, si ex contigua personae atque instructiones necessariae putabuntur, quatuor, si ex transmarina, sex (Gratianus, Valent. et Theodos. ao. 385).

Auch hier ist nicht von der Processverjährung die Rede; die Dreitheilung der Fristen, je nachdem es sich um dieselbe Provinz, um benachbarte oder um überseeische Provinzen handelt, die Worte „si personae atque instructiones necessariae putabuntur" erinnert sofort an eine Constitution von Diocletian, l. 1 C. J. de dilat. 3, 11, von welcher unten in § 17 die Rede sein wird; hier soll nur soviel angemerkt werden, dass eine Verlängerung (Dilation) der vier resp. sechs Monate erbeten werden kann, welche je nach Lage der Provinzen verschieden ist; in der l. 13 wird für fiscalische Processe die Dauer der Verlängerung eingeschränkt[1]).

[1]) Auch Wieding Libellpr. S. 465 f. hat die Lex fälschlich auf Processverjährung bezogen.

Endlich die l. 27 § 5 C. Th. cit. lautet:

> Cum vero intra contiguas vicinasque provincias bona aliqua expetuntur, quorum contradictor potuerit inveniri, ad praebendam inter legitimas personas audientiam et exercendum inter partes iure conflictum ex die conventionis perlatae in notitiam pulsatorum sex mensium spatium praecipimus custodire, cuius eventum examinis assertor iuris proprii debeat praestolari (Honor. et Theod. ao. 415).

Die im Anfang der Stelle erwähnten bona aliqua expetita sind, wie sich aus dem Eingang der Constitution ergiebt, bona caduca; hierfür wird nun die Frist von sechs Monaten festgestellt [1]), aber wiederum nicht als Processverjährung, sondern für den Beweis der Processlegitimation und für die Dauer der Processverhandlungen.

Es entsteht nun die Frage, von welchem Augenblicke an die viermonatliche Frist gerechnet wird. In dieser Beziehung war, da wir zwei Arten der Denuntiation (diejenige suo nomine und diejenige ex auctoritate) kennen, die Wahl zwischen der Ausrichtung der einen und der anderen gegeben. Erwägt man aber, dass die denuntiatio ex auctoritate nur dann eintrat, wenn der Beklagte auf die denuntiatio suo nomine nicht erschienen war, so ergiebt sich von vornherein, dass die vier Monate von der denunt. suo nomine an gerechnet werden mussten, und in der That werden wir in § 21 sehen, dass das Syrisch-Römische Rechts-

[1]) Nicht etwa eingeführt, vielmehr ist es die dem Fiscus zustehende sechsmonatliche Frist; die Kaiser pflegten nämlich bona caduca an verdienstvolle Staats- oder Hofbeamte zu verschenken; der Beschenkte ist demnach Cessionar des Fiscus und hat dessen Rechte, auch im Process.

buch so rechnet, wie denn auch Paulus beim Excusationsprocess des Vormunds so rechnet[1]). Im Theodosischen Codex findet sich über unsere Frage ex professo nur eine Constitution, und deren Lesart ist leider in den Handschriften verschieden. Es ist dies l. 4 C. Th. de denunt. et editione rescr. 2, 4, deren Lesart in der Hänel'schen Ausgabe folgendermassen lautet:

> Post celebratam denuntiationem editione rescripti (quod tamen iure sit impetratum) lis exordium auspicatur, inter iustas videlicet legitimasque personas. Et si quis perennitatis nostrae pendentibus temporibus responsa protulerit, non modo tempora, quorum erunt curricula, non dilatentur, sed et quidquid elicitum fuerit, frivolum iudicetur (Valent. Theodos. et Arcad. ao. 385).

Nach dieser Lesart handelt die Constitution lediglich vom Rescriptsprocess, und es beginnt das litis exordium mit der unter gleichzeitiger Edition des Rescripts erfolgten Denuntiation. Hierzu sind nun folgende Bemerkungen zu machen:

1. Bei dem Rescriptsprocess gilt dieselbe Frist, wie wenn die Partei sich im gewöhnlichen Process sofort an den Richter wendet:

> l. 5 C. Th. de denunt. et edit. rescr. 2, 4: Universa quidem negotia, quae ex rescriptorum auctoritate sortiuntur exordium, ad cursum temporum pertinere decretum est . . . (Valent. Theodos. et Arcad. ao. 389).

2. Das im Eingang der l. 4 C. Th. cit. erwähnte litis exordium ist nichts anderes als der Zeitmoment,

---

[1]) Oben S. 29 Text bei N. 2.

von welchen an die vier- resp. sechsmonatliche Frist[1]) gerechnet wird. Dies ergiebt sowohl der zweite Satz der Constitution, in welchem die tempora als laufend geschildert sind, als auch die soeben abgedruckte l. 5, in welcher wiederum das exordium negotii mit dem cursus temporum in Verbindung gebracht ist[2]).

Hiernach könnten wir, was vom Rescriptsprocess verordnet ist, auf den gewöhnlichen Process übertragen, und die Frist von der ersten Denuntiation an (der denunt. suo nomine) datiren.

Allein die Lesart der Constitution lautet in anderen Handschriften:

> Post celebratam denuntiationem seu edicto sive editione rescripti (quod tamen iure sit impetratum) etc.

Danach bezöge sich die Constitution auf den gewöhnlichen und auf den Rescriptsprocess, und die Denuntiationsfrist würde im gewöhnlichen Process von der denuntiatio edicto, d. h. von der denunt. ex auctoritate[3]) an zu rechnen sein. Diese Lesart wird nun von Wieding in Schutz genommen[4]); er nennt die

---

[1]) Schon hier haben wir zwei Fristen (vier und sechs Monate); nimmt man hinzu, dass durch die Dilation (§ 17) neue Fristen von verschiedener Dauer entstehen, so begreift man, dass im Theodosischen Codex von tempora (schlechthin und im Plural) die Rede ist.

[2]) Auch die Westgothische Interpretatio sagt: Postquam per scripturam lis fuerit contestata, et per publicam conventionem, quisquis ille est qui pulsatur agnoverit, tunc lis inchoata dicatur . . .

[3]) Denn dass das Edict nichts anderes als die obrigkeitliche Auctoritas ist, darüber habe ich mich schon mehrfach ausgelassen.

[4]) Libellpr. S. 264. 265. Hingegen Mommsen hat in Richter und Schneider, krit. Jahrb. 1845 S. 889 sich für die Hänel'sche Lesart erklärt.

Hänel'sche Lesart eine Conjectur; das ist sie nun jedenfalls nicht, da Hänel die vier Handschriften genau angegeben hat, welchen er seine Lesart entnahm. Dazu kommt, dass nach l. 27 § 5 C. Th. de pet. et ultro 10, 10 (vollständig abgedruckt oben S. 129) ex die conventionis perlatae in notitiam pulsatorum die sechsmonatliche Frist des Fiscus resp. seines Nachfolgers gerechnet werden soll; diese Conventio ist unzweifelhaft die erste Denuntiation (suo nomine); die Behauptung Wiedings [1]), dass auch hier die denunt. ex auctoritate gemeint sei, ist von ihm mit keinem Worte gerechtfertigt. Hinzutritt dass, wie ich schon oben bemerkte, es in den meisten Processen zur denunt. ex auctoritate garnicht kommt, und dass in dem Syrisch-Römischen Rechtsbuch die denunt. suo nomine den Anfangspunkt der Frist bildet. Endlich ist noch hervorzuheben, dass nach der Wieding'schen Ansicht eine unerklärliche Differenz zwischen dem gewöhnlichen und dem Rescriptsprocess entstünde; auch im Rescriptsprocess ist, wenn der Beklagte auf die erste Denuntiation (suo nomine) nicht erscheint [2]), eine denuntiatio edicto (d. h. ex auctoritate) nothwendig; warum sollen die Fristen im gewöhnlichen Process von einem anderen Moment an laufen als im Rescriptsprocess? —

Noch findet sich im Theodosischen Codex eine Specialbestimmung. Es soll bei einem Process Seitens Minderjähriger oder gegen dieselben der Lauf der Frist erst dann laufen, wenn die Denunciation an *alle* Vormünder er-

---

[1]) Libellpr. S. 467.

[2]) Die Behauptung Wieding's (Libellpr. S. 626), dass es im Recriptsprocesse überhaupt keine denunt. suo nomine, sondern bloss ex auctoritate gebe, vermag ich nicht zu billigen; Wieding hat keinen Beweis geführt.

folgt ist; bei einer tutela divisa per provincias ist bloss die Denuntiation an die Vormünder der betreffenden Provinz erforderlich [1]).

3. § 17. Die Reparation und die Dilation der Fristen.

Im Theodosischen Codex findet sich ein Titel über die Reparation (II, 6: de temporum cursu et reparationibus denuntiationum), ein anderer über die Dilation (II, 7: de dilationibus).

Die erste sich aufdrängende Frage ist die nach dem Verhältniss der beiden Rechtsbegriffe (der Reparation und der Dilation) zu einander. Denn dass nicht bloss die Reparation, sondern auch die Dilation auf die vier- resp. sechsmonatliche Frist sich bezieht, das geht aus zwei Constitutionen hervor. Zuerst aus l. 3 C. Th. de dilat. 2, 7 (abgedruckt oben S. 126 f.); in dem ersten Satz derselben wird die vier- resp. sechsmonatliche Frist festgestellt; nach dem zweiten Satz kann jede Partei die Dilation der Frist verlangen. Sodann aus l. 4 C. Th. de denunt. 2, 4, worin verordnet wird, dass im Rescriptsprocess keine Dilation ertheilt werden soll: tempora, quorum erunt curricula, non dilatentur (s. hierüber unten S. 135).

Ich habe über unsere Frage bei Gothofred gar keine Auskunft gefunden; die Auskunft, welche Bethmann-Hollweg giebt [2]) halte ich theils für nicht genügend, theils für nicht richtig. Er sieht die Dilation als eine ausserordentliche Vertagung der Sache zur Anschaffung von Beweismitteln an, und „sie soll ausser in fiscalischen Processen, wo beide Theile dieses Recht haben, nicht

[1]) l. 1 C. Th. de denunt. 2, 4.
[2]) Civilpr. Bd. 3 S. 194.

dem Kläger, in dessen Wahl es stand, wann er die Klage anbringen wollte, sondern nur dem Beklagten, der unvorbereitet zum Process kommt, nach einer förmlichen causae cognitio vom Richter in der Regel nur einmal bewilligt werden". Ich bezeichnete diese Erklärung als nicht genügend, weil sie den Zusammenhang mit der vier- resp. sechsmonatlichen Frist völlig bei Seite setzt; ich bezeichnete sie als nicht richtig, weil, wie sich sogleich zeigen wird, das Dilationsrecht sich danach richtet, ob der Process ein gewöhnlicher oder ein Rescriptsprocess ist.

Meines Erachtens haben beide Processparteien (von einer wenig bedeutenden Ausnahme abgesehen) dieselben Anrechte an Reparation und an Dilation; für beide Parteien läuft zunächst die vier- resp. sechsmonatliche Frist; verlangt nun eine Partei eine weitere Frist *nach* dem Ablauf der vier- resp. sechs Monate, so kann die Gewährung nur im Wege der Reparation geschehen; verlangt sie sie *während* des Laufs der vier resp. sechs Monate, so begehrt sie eine Dilation [1]).

Dass nun die Reparation erst *nach* dem Ablauf der vier- resp. sechsmonatlichen Frist erfolgt, wird ausdrücklich ausgesprochen in

> l. 1 C. Th. de temp. cursu 2, 6: Cum semel negotium vel necessitate vel casu temporibus fuerit exemtum, ac *postea* per indulgentiam clementiae redintegratio praestetur, intra quatuor menses iudicantis arbitrium, non ulterius litigatoribus praeberi oportet, etiamsi per obreptionem aliquid a

---

[1]) Dilation ist demnach ursprünglich eine verlängerte Frist, erst im Justinianischen Recht ist Dilation mit irgend welcher Frist identisch. Dies hat man bisher übersehen. S. unten § 24.

nobis iterata supplicatione meruerint (Constantinus ao. 316).

Daher wird die Reparation auch redintegratio, tempora renovari genannt[1]).

Dass die Dilation sich auf die *noch laufende* Frist von vier resp. sechs Monaten bezieht, darüber berufe ich mich auf die oben S. 130 abgedruckte l. 4 C. Th. de denunt. 2, 4, in deren Schlusssatz sich die Worte finden: . . . non modo tempora, quorum erunt curricula, non dilatentur . . . . ., d. h. in dem speciellen in der Constitution erwähnten Falle sollen die *noch laufenden* Fristen nicht durch Dilation erweitert werden.

Im Uebrigen scheinen mir auch die Worte reparatio und dilatio sprechend genug zu sein; das erstere Wort bedeutet einen Wiedererwerb, eine Wiederherstellung, das letztere eine Erweiterung, eine Hinausschiebung.

Nunmehr wende ich mich zu den Einzelheiten.

1. Die Reparation steht *beiden* Parteien zu, daher heisst es in

l. 1 C. Th. de temporum cursu 2, 6: . . . litiga*toribus* praeberi debet . . .

ferner in

l. 3 C. Th. eod.: *Altero ex litigatoribus* in lite defuncto cursum temporis reparandum esse, latis iam dudum legibus continetur (Constantinus ao. 321).

ferner in

l. 4 C. Th. eod.: Si *quis iurgantium* ante litis terminum ultimum diem obierit, non ut ante statuimus a decedentium primo die cursus temporis observari debet, si successor legitimae aetatis sit, sed ex die petitae bonorum possessionis vel aditae hereditatis ei tempora renovari, ita tamen ut ea res non lateat possidentem nec clam, ut

[1]) l. 1 l. 4 C. Th. de temporum cursu 2, 6.

> fraudem tempori faciat, pertentetur . . . . (Constantinus, Constantius et Constans ao. 338).

Bezüglich der Dilation ist der gewöhnliche Process und der Rescriptsprocess zu unterscheiden. Dass im gewöhnlichen Process die Dilation von beiden Parteien verlangt werden kann, besagt die oben S. 126 f. abgedruckte l. 3 C. Th. de dilat. 2, 7[1]); zwar handelt dieselbe von Processen zwischen Privaten und Fiscus, und Bethmann-Hollweg will deshalb, wie oben erwähnt, den Dilationsanspruch des Klägers auf fiscalische Processe beziehen, allein was dem Privaten gegenüber dem Fiscus, einer allerwärts von der Gesetzgebung privilegirten Person, zusteht, dass ist er unzweifelhaft gegenüber jeder nicht privilegirten Person zu fordern berechtigt. Dazu kommt, dass in l. 4 C. Th. de dilat. 2, 7[2]):

> De statu atque patrimonio litigan*tibus* in transmarina etiam dilatione mensium novem spatium creditur posse sufficere (Arcadius et Honorius ao. 399).

kein Unterschied zwischen Kläger und Beklagten bezüglich der transmarina dilatio (darüber vergl. unten S. 140 und § 18) gemacht wird. Das Gleiche geschieht in der ebendaselbst zu erörternden l. 1 C. J. de dilat. 3, 11, sowie in den am Schluss dieses Paragraphen zu behandelnden Pandectenstellen.

Bezüglich des Rescriptsprocesses enthält der Theodosische Codex zwei Constitutionen; nach der l. 4 C. Th. de denunt. 2, 4 (oben S. 130 abgedruckt) soll keiner Partei im Rescriptsprocess Dilation ertheilt werden;

---

[1]) Aufgenommen (wenn auch verstümmelt) als l. 6 C. J. de dilat. 3, 11.

[2]) Aufgenommen als l. 7 C. J. de dilat. 3, 11.

nach l. 1 C. Th. de dilat. 2, 7[1]) hingegen soll, wenn der Kläger ein Rescript an einen *ausserordentlichen* Richter impetrirt hat, nicht der Kläger, wohl aber der Beklagte Dilation erhalten:

> Si quando quis rescriptum ad extraordinarium iudicem reportaverit, dilatio ei penitus deneganda est. Illi autem, qui in iudicium vocatur, danda est ad probanda precum mendacia vel proferenda aliqua instrumenta vel testes, quoniam instructus esse non potuit, qui praeter spem ad *alienum* iudicem trahitur (Constantinus ao. 314).

Die Schlussworte der Constitution (qui praeter bis trahitur) lassen darüber keinen Zweifel, dass zwischen den beiden Constitutionen kein Widerspruch besteht, sondern, dass wir es mit einer Modification zu thun haben: im Rescriptsprocess wird keiner Partei Dilation ertheilt ausser dem Beklagten, wenn das Rescript zugleich die Ernennung eines *ausserordentlichen* Richters enthält[2]). Unterstützt wird dieses Resultat durch die Bestimmung der l. 5 C. J. de dilat. 3, 11; danach wird die Dilation nicht ertheilt 1. in Sachen, die der Kaiser aburtheilt, 2. wenn der Kaiser ad appellationem consultationemve rescribirt hat; der Schluss von diesen Sachen auf den Rescriptsprocess überhaupt ist naheliegend.

2. Wird die Reparation resp. durch Dilation ver-

---

[1]) Aufgenommen als l. 2 C. J. de dilat. 3, 11.

[2]) Eine zweite Ungleichheit der beiden Parteien tritt nach einer Verordnung von Constantin (l. 2 C. Th. de dilat. 2, 7) ein, wenn der Antrag auf Ertheilung der Dilation versäumt worden ist und hiegegen in integrum restitutio nachgesucht wird. Ich lasse diesen Fall als unerheblich bei Seite, es genügt, ihn hier angedeutet zu haben.

säumt, so geschieht nicht leicht eine neue Reparation (a secundo lapsu [1]) resp. Dilation [2]).

3. Die Reparation geht vom Kaiser aus [3]), die Dilation hingegen vom Richter [4]).

4. Sowohl Reparation als Dilation wird nur dann gewährt, wenn sie begründet ist, daher heisst es von der Reparation in

> l. 1 C. Th. de temp. cursu 2, 6: Cum semel negotium vel necessitate vel casu fuerit exemtum ac postea per indulgentiam clementiae nostrae redintegratio praestetur . . .

und von der Dilation in

> l. 3 C. Th. de dilat. 2, 7: . . . utrique parti petendae dilationis per defensores suos non neganda, si hoc commoditatis ratio postulaverit.

Strenger drückt sich das Diocletianische Gesetz über die Dilation aus:

> l. 1 § 2 C. J. de dilat. 3, 11: Quod ita constitutum iudicantes sentire debebunt, ut hoc ratione non sibi concessum intelligant dandae dilationis arbitrium, sed eandem dilationem, si rerum urguentissima ratio flagitaverit et necessitas desideratae instructionis exegerit, non facile amplius quam semel nec ulla trahendi arte sciant esse tribuendam.

---

[1]) Hierüber vgl. Rubr. t. C. Th. 11, 32 de secundo lapsu und die l. un. h. t.

[2]) S. über die zweite Reparation Symmachus epist. 10, 39 (die ich später in § 20 besprechen werde); über die zweite Dilation den Schluss von l. 1 C. J. de dilat. 3, 11 (. . . non facile amplius quam semel . . .) und die noch ältere l. 7 D. de fer. 2, 12.

[3]) l. 1 C. Th. de temp. cursu 2, 6 (abgedruckt oben S. 134 f.); vgl. ferner Symmachus epist. 10, 39, die ich später in § 20 erklären werde.

[4]) l. 1 l. 4 C. J. de dilat. 3, 11.

Als Grund der Reparation wird wiederholt der Tod einer Partei angegeben[1]); dahingegen wird wiederholt rescribirt, dass, wenn die Frist durch Schuld des Richters fruchtlos verlaufen ist, der Richter selbst der Partei den Schaden ersetzen soll:

l. 2 C. Th. de temp. cursu 2, 6: Si petitores probaverint, interpellantes se saepius esse dilatos atque in lapsum temporis incurrisse per negligentiam atque desidiam, gravitate tua audientiam differente, indemnitas petitorum pro modo litis, quae in altercationem fuerit adducta, de tuis facultatibus sarcietur (Constantinus ao. 319).

l. un. C. Th. de secundo lapsu 11, 32: Si culpa iudicis gemino lapsu caussa fuerit evoluta, iuxta divi Constantini praeceptum[2]) ipse ad redhibitionem eius aestimationis, quanto res valet, de qua iurgium est, debet attineri (Valentin. et Valens ao. 365).

Hingegen ist die Reparation begründet, wenn der Richter durch Krankheit oder anderweite Staatsgeschäfte an der Wahrnehmung der Termine in der gesetzlichen Frist verhindert war[3]).

5. Die Dauer der durch Reparation gewährten Frist beträgt höchstens vier Monate, sie wird aber nicht vom Kaiser bei Ertheilung der Reparation, sondern erst hierauf vom Richter bestimmt[4]).

---

[1]) l. 3 l. 4 C. Th. de temp. cursu 2, 6.

[2]) Ueber dieses Gesetz von Constantin vergl. meine Ausführung in § 20 bei der epist. 39 von Symmachus.

[3]) l. 2 C. Th. de repar. app. 11, 31. Die Stelle steht zwar im Appellationstitel, bezieht sich aber ihrer Fassung nach auch auf die erste Instanz.

[4]) S. hierüber noch meine Ausführung in § 20 bei Gelegenheit der ep. 39 des Symmachus.

l. 1 C. Th. de temp. cursu 2, 6: .... intra quatuor menses iudicantis arbitrium, non ulterius litigatoribus praeberi oportet ....

vergl. ferner Symmach. epist. 10, 39.

Von den durch Dilation zu gewährenden Fristen lernen wir aus dem Theodosischen Codex nur die dilatio transmarina von neun Monaten kennen [1]). Dahingegen bietet der Justianische Codex ein Gesetz von Diocletian, wonach die Frist bald drei, bald sechs, bald neun Monate beträgt, je nachdem der Implorant ihrer bedarf, um Beweismittel aus derselben, aus einer benachbarten oder aus einer überseeischen Provinz herbeizuschaffen [2]) [3]). Allein die Digesten führen den Grundgedanken der Fristen auf eine viel ältere Gesetzgebung zurück; sie nennen als ihren Urheber M. Aurel, d. h. denjenigen Kaiser, welchem ich die gesammte Neuordnung des Denuntiationsprozesses zuschreibe.

l. 7 D. de feriis 2, 12: *Oratione quidem divi Marci* amplius quam semel non esse dandam instrumentorum dilationem expressum est; sed utilitatis litigantium gratia causa cognita et iterum dilatio *tam ex eadem quam ex alia provincia secundum moderamen locorum impertiri solet*, et maxime si aliquid inopinatum emergat . . . (Ulp.).

Hiernach hat M. Aurel über die Dilationen ein Gesetz erlassen, in welchem er die Dilation nur einmal zuliess,

---

[1]) l. 4 C. Th. de dilat. 2, 7, aufgenommen als l. 7 C. J. de dilat. 3, 11.

[2]) l. 1 C. J. de dilat. 3, 11. Dass auch hier die Frist nur als eine höchste gemeint ist, der Richter also weniger festsetzen darf, folgt aus l. 3 C. J. de dilat. 3, 11: Sive pars sive integra dilatio fuerit data ....

[3]) In fiscalischen Processen wird die Dilation auf zwei, vier, sechs Monate in einer Constitution Gratians, Valentinians und Theodosius a. d. J. 385 beschränkt: l. 13 C. Th. de iure fisci 10. 1 (oben S. 128 abgedruckt).

und in welchem er ferner die Dauer der durch Dilation zu gewährenden Frist nach der Lage der Provinzen bestimmte; die Worte Ulpians machen es wahrscheinlich, dass M. Aurel nicht eine feste Zeitdauer von drei, sechs und neun Monaten anordnete, dass er vielmehr das richterliche Ermessen entscheiden liess, und dass jene Monatzahlen erst von Diocletian herrühren. Dieselbe Oratio wird erwähnt in

> l. 1 § 2 i. f. D. de feriis 2, 12: . . . Sane quoties res urget, cogendi quidem sumus ad praetorem venire, verum ad hoc tantum cogi aequum est, ut lis contestetur, et, ita ipsis verbis orationis (divi Marci) exprimitur; denique alterutro recusante post litem contestatam litigare, *dilationem oratio (d. Marci) concessit.*

Spuren dieser von M. Aurel eingeführten Fristen finden sich noch mehrere in den Pandecten, und da sie (wie ich ausführte) eine Dilation der vier- resp. sechsmonatlichen dem Denuntiationsprocess angehörigen Frist enthalten, so legen sie zugleich Zeugniss ab für die Existenz des Denuntiationsprocesses zur Zeit der classischen Juristen resp. seit M. Aurel. Es gehören hierher folgende Digestenstellen, welche sämmtlich von Juristen herrühren, die entweder gleichzeitig mit oder später als M. Aurel leben, und von denen einer ein Rescript des Marc Aurel und seines Bruders wörtlich anführt:

> l. 10 D. de fer. 2, 12: In pecuniariis causis omnis dilatio singulis causis plus semel tribui non protest, in capitalibus autem reo tres dilationes, accusatori duae dari possunt, sed utrumque causa cognita (Paulus).
>
> l. 45 pr. D. de iud. 5, 1: Argentarium ubi contractum est conveniri oportet, nec in hoc dilationem nisi ex iusta causa dari, ut ex provincia

codices afferantur. Idem in actione tutelae placuit (Papin.).

l. 28 § 1 D. de appell. 49, 1: Jussus a iudice exhibere secundum praeceptum praesidis provinciae rationes, quas apud se esse caverat, instrumentorum gratia data dilatione, nec postea exhibuit, *ideoque secundum constitutionem recitatam*, quia per contumaciam instrumenta non exhibuerat, quum petitor quanti sua interesset exhiberi iurasset, facta erat condemnatio. Quaesitum est, an post iusiurandum appellationem interponere possit. Respondit nihil proponi, cur denegandum esset appellationis auxilium (Scaevola).

Es kann nicht in Zweifel gezogen werden, dass die von Scaevola citirte Constitution [1]) eben das Gesetz von M. Aurel ist; wir lernen ein neues Bruchstück derselben kennen: die Contumacialfolgen bei fruchtlos verlaufener Dilation.

Das obenerwähnte *Rescript von Marc Aurel* in Verbindung mit seinem Bruder (divi fratres) worin die Dilation behufs Herbeischaffung von Urkunden bewilligt wird, steht in

l. 36 D. de iud. 5, 1: Interdum ex iustis causis et ex certis personis sustinendae sunt cognitiones, veluti si instrumenta litis apud eos esse dicantur, qui reipublicae causae aberunt, *idque divi fratres in tali verba rescripserunt:* Humanum est propter fortuitos casus dilationem accipi, veluti quod pater litigator filium vel filiam vel uxor virum vel filius parentem amiserit et in similibus causis cognitionem ad aliquem modum sustineri (Callistr.).

---

[1]) Die Worte „*recitata* constitutio" erfahren durch den übrigen Inhalt der l. 28 keine Erklärung.

4. § 18. Die Bedeutung der Fristen. Dabei die Novelle von Valentinian III. a. d. J. 452.

Ich gelange nunmehr zu der wichtigsten Frage: zu der Bedeutung der Fristen[1]). Es war dies bisher eine der streitigsten Fragen; vier Ansichten stehen sich gegenüber: Gothofredus sieht darin Fristen zur Litiscontestation, Bethmann-Hollweg Fristen, an deren letztem Tage die Verhandlung vor dem competenten Gericht eröffnet werden soll, Wieding Processverjährungsfristen, Bruns Beweisfristen. Zwischen der Veröffentlichung der Wiedingschen und der Brunsschen Ansicht fällt die Herausgabe des Syrisch-Römischen Rechtsbuchs, und ohne Zweifel liefert das letztere einiges Material für den Denuntiationsprocess, allein im Grunde genommen hätte man (scheint mir) aus dem Theodosischen Codex selbst die Einsicht in die Fristen gewinnen müssen. Wenn das bisher nicht geschehen ist, so liegt die Ursache darin, dass man es völlig unterlassen hat, die Dilation der Fristen in die Debatte hereinzuziehen. Das Material, welches der Theodosische

---

[1]) Ich habe hiervon schon oben S. 27 f. bei Gelegenheit der Interpretation von l. 38 D. de excus. 27, 1 gehandelt; allein die Beweisführung aus dem Theodosischen Codex ist viel sicherer. Eine gemeinsame Behandlung der Pandectenstelle und der Constitutionen des Theodosischen Codex war gemäss dem Plane meiner Abhandlung nicht möglich; dieser Plan aber war durch den gegenwärtigen Stand der Lehre vom Denuntiationsprocess geboten; mir schien es nothwendig, dem Leser nicht bloss meine neuen Ansichten vorzulegen, sondern dies in der Weise zu thun, dass er den Einblick in das vorhandene Quellenmaterial erhielt; lediglich bei dieser Behandlungsweise war es möglich, die Geschichte des Denuntiationsprocesses zu geben.

Codex bietet, ist nämlich derart beschaffen, dass weder bei den tempora selbst noch bei der reparatio temporum von dem Zweck derselben geredet wird; dahingegen wird davon bei der dilatio temporum an drei Stellen, ja sogar, wenn man eine Stelle des Theodosischen Codex aus dem Justinianischen Codex erklärt, an vier Stellen gehandelt.

Bevor ich auf diese Stellen eingehe, will ich die bisher aufgestellten Ansichten kurz kritisiren.

Zunächst die Ansicht von Gothofred, wonach die Fristen behufs Vornahme der Litiscontestation gesetzt sind [1]). Im extraordinären Process besteht die Litiscontestation aus dem mündlichen Vortrage der beiden Parteien, aus der narratio proposita und contradictio obiecta [2]). Nun wissen wir schon aus den fr. Vaticana § 161, dass die Parteien in der ersten sessio pro tribunali zu erscheinen haben; in dieser Sitzung finden also ihre Vorträge statt, und durch sie die Litiscontestation, es sei denn, dass processhindernde Einreden vorgeschützt werden; die vier resp. sechs Monate reichen offenbar weit über diese erste Sitzung hinaus; auch wird in der von mir auf den Denuntiationsprocess bezogenen l. 38 D. de excus. 27, 1 die viermonatliche Frist als peragendo negotio bestimmt bezeichnet, und es ist bereits gezeigt, dass peragere negotium viel mehr als Litiscontestation bedeutet (S. 27 f.). Das also gefundene Resultat wird durch die Novelle Valentiniani XXXIV, welche am Schluss dieses Paragraphen erörtert werden wird, nach allen Seiten hin bestätigt: auch hier erfolgen zuerst die Vorträge der Parteien, d. h. die Litiscontestation, und erst hierauf der Ablauf der viermonatlichen Frist.

---

[1]) Commentar des Theodosischen Codex zu l. 1 C. Th. de denunt. 2, 4, l. 1 l. 2 l. 3 C. Th. de temp. cursu 2, 6.

[2]) l. 14 § 1 C. de iud. 3, 1.

Die Ansicht von Bethmann-Hollweg[1]) ist im Grunde genommen mit der Gothofredischen identisch; denn er meint, dass am letzten Tage der Frist die Verhandlung vor dem competenten Gericht eröffnet werde. Alles, was ich gegen Gothofred vorgebracht habe, trifft deshalb auch Bethmann-Hollweg; die Ansicht des letztern bedeutet in Wahrheit bloss eine Verschlechterung der Gothofredischen Ansicht; man fragt vergebens: weshalb gerade am letzten Tage der Frist die Verhandlung eröffnet werden soll? Weshalb nicht innerhalb der Frist? Dass die Briefe des Symmachus, auf welche sich Bethmann-Hollweg beruft, wenn sie von dies legitimus, summus dies sprechen, diesen Tag nur als den letzten Tag bezeichnen, an welchem eine gewisse Thätigkeit der Parteien *spätestens* vorgenommen werden darf, nicht aber als denjenigen Tag, an welchem diese Thätigkeit überhaupt erst vorgenommen werden darf: das ist ein sofort sich darbietender Einwand gegen Bethmann-Hollweg; die genauere Betrachtung der Symmachusbriefe (§ 20) wird zum selben Resultat führen.

Die Wiedingsche Ansicht[2]), wonach die Fristen Processverjährungsfristen sind, scheitert an der kurzen Dauer von vier resp. sechs Monaten; eine solche Kürze ist, um mit Bruns[3]) zu reden, ganz unglaublich und für jene Zeit völlig undurchführbar. Die ganze Beweisführung von Wieding ist weniger positiv als negativ, sein Ziel war weniger, seine eigene Ansicht zu begründen als diejenige von Bethmann-Hollweg zu widerlegen; er erklärt selbst (S. 472), sein Gegenbeweis sei ein künstlicher gewesen; es ist aber eine bekannte Erfahrung, dass künstliche Gegenbeweise nur selten überzeugen.

[1]) Civilpr. Bd. 3 S. 236. 237.

[2]) Libellpr. S. 458—472.

[3]) Syrisch-Römisches Rechtsbuch S. 240.

Erst Bruns hat die richtige Ansicht aufgestellt: die vier resp. sechs Monate sind eine Beweisfrist, aber er hat seine Argumente nicht dem Theodosischen Codex entnommen, sondern einerseits dem Syrisch-Römischen Rechtsbuch, andererseits der Novelle von Valentinian III. von 452 (s. den Schluss dieses Paragraphen). Die Vernachlässigung des Theodosischen Codex hat sich bei Bruns gerächt; sie hat ihn namentlich zu der irrthümlichen Behauptung verführt, dass die Frist von vier resp. sechs Monaten stets bloss für den Kläger, nicht für den Beklagten gelte, ferner dazu, dass bloss der Beklagte die Dilation von drei, sechs, neun Monaten erhalten könne.

Die Stellen des Theodosischen Codex, welche von der Bedeutung der Fristen handeln, betreffen sämmtlich die Dilation; allein da ich in § 17 nachgewiesen habe, dass die Dilation nichts anderes als eine Verlängerung der vier- resp. sechsmonatlichen Frist ist, so ist der Rückschluss von der durch Dilation erlangten Frist auf die ursprüngliche geradezu geboten.

Die Stellen sind folgende:

l. 1 C. Th. de dilat. 2, 7: oben abgedruckt S. 137.

l. 13 C. Th. de iure fisci 10, 1: oben abgedruckt S. 128.

l. 2 § 1 C. Th. de dilat. 2, 7 [1]): Quodsi defensio possidentium dilationis suffragia postulaverit, eandem asserta causa citra obstaculum temporis

---

[1]) Diese Lex behandelt, wie das Principium ergiebt, einen eigenthümlichen Fall; nämlich die Dilation ist nicht verlangt worden, aber es wird gegen dieses Versäumniss die in integrum restitutio verlangt; die Constitution bestimmt nun, inwieweit dies den Parteien zustehen solle und räumt dabei dem Beklagten (in § 1) grössere Rechte ein als dem Kläger (im pr.); s. oben S. 137 N. 2.

deferri sancimus, quia nequaquam steterat in ipsius potestate, quando litigio pulsaretur. Dari igitur debet, etsi impetrata dimensio ultra constitutionis regulam proferat. *Qua dilatione si a possessore impetratur, etiam actor in requirendis probationibus uti minime prohibetur* (Constantinus ao. 327).

l. 4 C. Th. de dilat. 2, 7; oben abgedruckt S. 136.

In allen diesen Constitutionen wird als der Zweck der Dilation ausdrücklich die Beweisführung innerhalb der durch die Dilation zu erlangenden Frist angegeben. In l. 1 cit. erhält (im Rescriptsprocess) der Beklagte die Frist ad *probanda* precum mendacia vel proferenda *aliqua instrumenta vel testes;* in l. 13 cit. wird die Dilation für den Fall festgesetzt, si ex contigua provincia *personae atque instructiones necessariae putabuntur;* nach l. 2 § 1 cit. kann der Kläger, wenn der Beklagte Dilation erhalten hat, dessen Frist gleichfalls *in requirendis probationibus* benutzen; die l. 3 cit. enthält die dilatio transmarina; sie ist aus sich selbst nicht verständlich, sie erhält aber volles Licht aus dem Gesetz Diocletians (l. 1 C. J. de dilat. 3, 11), wonach die Dilationen (auch die dort ausdrücklich genannte dilatio transmarina) bewilligt werden instrumentorum vel personarum gratia, ferner si persona vel instrumenta poscentur, endlich si necessitas desideratae instructionis exegerit. Dabei mag, was die personae (scil. testium) betrifft, hervorgehoben werden, dass es im classischen und lange Zeit im nachclassischen Recht regelmässig keine Zeugnisspflicht giebt, und dass die Parteien die Zeugen beschaffen müssen; die Zeugen erscheinen vor Gericht als freiwillige Gehilfen der Partei oder ihre aussergerichtlich abgelegten Aussagen werden verlesen [1];

---

[1]) Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. 2 S. 597 f.

erst von Justinian existirt eine Constitution, welche die Zeugnisspflicht auch in Civilsachen einführt, und eine andere, welche die Ladung der Zeugen dem Richter auferlegt [1]).

Nicht genug kann ich Einen Punkt betonen, in welchem ich von allen bisherigen Schriftstellern abweiche: *die Fristen (von vier resp. sechs Monaten), die Reparations- und Dilationsgrundsätze gelten für* **beide** *Parteien.* Also haben beide Parteien in den vier resp. sechs Monaten ihre Beweise zu führen. Die Belege hierfür sind in meiner bisherigen Darstellung fortdauernd gegeben; denn wir fanden nirgends (eine geringfügige Ausnahme abgesehen) eine Differenz zwischen den beiden Parteien. Hier will ich eines recht scheinbaren Einwandes gedenken. Man wird nämlich mir entgegenhalten, wie denn der Beklagte binnen der vier resp. sechs Monate seinen indirecten oder directen Gegenbeweis führen könne, da doch der Kläger seine Beweise bis zum letzten Tage dieser Monate aufschieben könne. Hierauf liegt eine doppelte Antwort auf der Hand.

Zunächst darf man nicht vergessen, dass die Litiscontestation, wenn auch nicht sofort in den ersten Moment, aber doch in den Anfang der vier- resp. sechsmonatlichen Frist fällt [2]). Die Litiscontestation aber besteht in den beiderseitigen mündlichen Vorträgen der Parteien, und der Beklagte kann aus dem Vortrag des Klägers entnehmen, worauf er seinen indirecten oder directen Gegenbeweis richten müsse. Er kann

---

[1]) l. 16 l. 19 C. J. de test. 4, 20; Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 3 S. 275 f.

[2]) Ich werde übrigens am Schluss dieses Paragraphen nachweisen, dass die vier- resp. sechsmonatliche Frist für den Contumacialprocess nicht gilt.

demnach am letzten Tage der Frist, wenn der Kläger erst an diesem seine Beweise führt, unmittelbar darauf seine Gegenbeweise darlegen.

Sodann aber ist auf die Reparation und die Dilation zu verweisen. Sollte die späte Beweisführung des Klägers den Beklagten die Führung des Gegenbeweises innerhalb der Frist von vier resp. sechs Monaten unmöglich machen, so verhilft ihm die Reparation oder die Dilation zu seinem vollen Recht; der Kläger verzögert demnach durch Hinausschiebung seiner eigenen Beweisführung die Beendigung des Processes, und es liegt in seinem Interesse, nicht bis zum letzten Tage zu warten.

Fragen wir endlich zum Schluss, welche Folgen nach fruchtlosem Ablauf der Beweisfristen eintreten, so ist dies der Processverlust; er wird mit lapsus causae bezeichnet[1]); daher muss der Richter, welcher durch seine Schuld (Vertagung der Sache) den fruchtlosen Ablauf der Fristen herbeigeführt hat, dem Kläger den Schaden ersetzen[2]). Nach dem Theodosischen Codex ist der Processverlust ein endgiltiger, nur dass der Verlierende durch Reparation wieder zu seiner früheren Stellung gelangen kann. Dass dieser Grundsatz in der späteren Zeit bezüglich des Klägers geändert worden ist, wird sogleich gezeigt werden. — —

Ich füge der bisherigen auf Grund des Theodosischen Codex geführten Untersuchung über die Natur der Fristen eine Darstellung des Processes nach der

---

[1]) Dieser Ausdruck findet sich besonders häufig in den Briefen des Symmachus; s. unten § 20. Im C. Th. scheint mehr von lapsus temporis die Rede zu sein; s. die Stellen der folgenden Note.

[2]) l. 2 C. Th. de temp. cursu 2, 6; l. un. C. Th. de secundo lapsu 11, 32.

Valentinianischen Novelle vom Jahre 452 hinzu. Sie lautet [1]):

> § 14. Petitorem iubemus, postquam edito actionis genere adversarium suum tenuit et ad respondendum coëgit, propositae litis probationibus imminere, quoniam ad damnosam iudicii observationem quemquam prius non debet ullus attrahere, quam omnia documenta praepararit, quibus exhibitum in disceptatione convincat. Quod et scitis veterum principum continetur. Alias si quis ad iudicium quem venire compulerit et eodem in officio vel fideiussionis vinculo constituto non urgeat, quo intra quatuor menses institutas peragat actiones, et constiterit iudicem causas alias cognovisse, petitor, qui secretarium suo vitio noluit introire, sumtus expensasque restituat, quoniam actoris tergiversationem esse non convenit impunitam. Pulsatus his recuperatis ab observationis necessitate, integro petitoris negotio, liber abscedat. § 15. Quod si pulsatus quis adesse neglexerit, evocatus secundum ordinem iuris sententiam excipiat contumacis . . .

Der Inhalt der Constitution ist folgender:

1. Das erste Processstadium wird mit dem edere actionis genus, dem tenere adversarium und dem ad respondendum cogere bezeichnet. Der Kaiser spricht also im § 14 vom contradictorischen Process; der Beklagte ist erschienen (petitor adversarium suum tenuit)

---

[1]) Ueber den § 1 dieser Novelle s. unten § 22. Es wird aus demselben hervorgehen, dass die Novelle nicht mehr den vollen Denuntiationsprocess hat, vielmehr ist an Stelle der Denuntiation die conventio per exsecutorem getreten; die Novelle hat also bloss für die übrigen Stücke des Denuntiationsprocesses Beweiskraft.

und es haben hierauf die mündlichen Vorträge stattgefunden, der Kläger hat actionis genus edirt und der Beklagte hierauf geantwortet. Es ist zuzugeben, dass die Bezeichnung des klägerischen Vortrags mit edere actionis genus dem sonstigen Sprachgebrauch nicht entspricht; allein man muss jene Worte so verstehen [1]), weil der Beklagte geantwortet hat, denn das ist der Sinn von ad respondendum adversarium *coëgit*. Die Litiscontestatiation ist also geschehen.

2. Das zweite Processstadium ist der Beweis; es wird zuerst bezeichnet mit propositae litis probationibus imminere, später mit institutas peragere actiones, und ich erinnere hierbei an die ähnliche Redewendung der l. 38 D. de exc. 27, 1 (peragendo negotio), welche bereits auf S. 27 f. erklärt worden ist. Die Constitution schreibt für den Kläger die viermonatliche Beweisfrist vor. Daraus darf nicht geschlossen werden, dass die Frist bloss für den Kläger und nicht für den Beklagten gelte; denn die Constitution spricht überhaupt nicht vom Beklagten, sie behandelt bloss den Fall, wo der Beklagte den Anspruch einfach bestritten und selbst keinen Gegenbeweis zu führen hat.

3. Während die beiden ersten Vorschriften der Constitution mit dem bisherigen Rechtszustand im Einklang sind, so enthält sie daneben zwei Abweichungen. Die eine davon betrifft die Erscheinung im Gericht. Nach unserer Ausführung auf S. 16 f. müssen die beiden Parteien während der vier Monate in jeder sessio pro tribunali erscheinen; der Kläger muss dies thun, um Beweis zu führen, oder wenn er hierzu nicht im Stande

[1]) Vielleicht ist diese Annahme unbegründet und eine andere Auslegung vorzuziehen. Man kann nämlich dem edito actionis genere die gewöhnliche Bedeutung geben, dann ist vor den Worten ad respondendum coëgit die Erwähnung des klägerischen Vortrags ausgefallen, oder vielmehr sie steckt in coëgit.

ist, um wenigstens die Versicherung abzugeben, dass er den Beweis noch nicht führen könne; der Beklagte muss erscheinen um der klägerischen Beweisführung, die ja jede Sessio erfolgen kann, beizuwohnen. In der Valentinianischen Constitution ist nun die Verpflichtung des Beklagten zum Erscheinen wie bisher geblieben; daher heisst es, derselbe sei in officio constitutus, er sei ad damnosam iudicii observationem attractus, und er wird erst, wenn der Kläger die viermonatliche Frist fruchtlos hat verstreichen lassen, ab observationis (scil. iudicii) necessitate befreit. Hingegen ist die fortdauernde Erscheinungspflicht des Klägers aufgehoben, er erscheint nur dann, wenn er beweisen will, und ist nur dann sachfällig, wenn er das Gerichtsgebäude während der vier Monate nicht betreten (si secretarium suo vitio noluit introire), also gar keinen Beweis angeboten hat. Aus einer Stelle im Syrisch-Römischen Rechtsbuch möchte ich übrigens schliessen, dass man auch die fortdauernde Erscheinungspflicht des Beklagten in der Praxis nicht streng nahm; es ist nämlich davon die Rede, dass der Richter einen Termin bestimmen und die Parteien zu demselben herbeiholen lassen kann; s. die weitere Erklärung im § 21.

4. Die zweite Abweichung von dem bisherigen Rechtszustande besteht in den Wirkungen, welche bei fruchtlosem Ablauf der viermonatlichen Frist eintreten. Die Constitution bezeichnet diese Wirkungen mit den Worten: integro petitoris negotio, d. h. der Kläger verliert nicht mehr den Process, er kann ihn vielmehr wieder aufnehmen. Der schlichte einfache Styl lässt darauf schliessen, dass wir es nicht mit einer Neuerung Valentinian's zu thun haben, dass vielmehr die Neuerung schon vor ihm, aber nach Erlass des Theodosischen Codex getroffen worden ist; wie denn der ganze § 14 und § 15 keine neue Bestimmung über den Process

enthält. Durch jene Bestimmung wird die ganze Lehre von der Reparation beseitigt, der Kläger bedarf keiner Reparation mehr. Das freilich versteht sich von selbst, dass der Kläger nicht bis in alle Ewigkeit (ganz abgesehen von der Processverjährung) mit der Wiederaufnahme warten darf, denn sonst wäre ja die Vorschrift, dass der Beweis binnen vier Monaten zu erbringen sei, völlig illusorisch. Die Constitution lässt uns aber hierüber im Ungewissen, erst aus dem Syrisch-Römischen Rechtsbuch erfahren wir, dass dem Kläger eine zweite viermonatliche Frist lief, dass er aber nicht auf eine dritte Anspruch hatte (s. unten § 21); man übertrug nämlich das Constantinische Gesetz, dass a secundo lapsu keine Reparation mehr ertheilt werden solle (oben S. 138 N. 1. 2.) auf die wieder aufgenommene Klage.

5. Im § 15 geht die Constitution zum Contumacialprocess über. Sie erwähnt dabei zuerst die denuntiatio suo nomine (verba: quodsi pulsatus . . . .), sodann die denuntiatio ex auctoritate (verbum: evocatus) und verweist im Uebrigen auf das hergebrachte Contumacialurtheil. Aber aus ihrem Stillschweigen folgt mehr, nämlich (argum. a contrario), dass die viermonatliche Beweisfrist auf den Contumacialprocess keine Anwendung findet; diese Frist ist im § 14 fortdauernd mit der Beschwerde des erschienenen und zur observatio iudicii verpflichteten Beklagten motivirt; diese Motivirung fällt im Contumacialprocess weg. Dass die viermonatliche Frist überhaupt nicht zum Contumacialprocess passt, dass hier vielmehr Vortrag und Beweis in dem vom Richter bei Anberaumung des Peremtorium festgesetzten dies zu erfolgen hat, und dass auch die Digesten (l. 68—73 D. de iud. 5, 1) der viermonatlichen Frist beim Contumacialprocess nicht gedenken, ist bereits früher festgestellt (§ 8); allein ich lege Gewicht darauf, dass das Gleiche sich aus der Valentinianischen Novelle ergiebt;

denn es könnte mir vielleicht entgegnet werden, dass in den Digesten der Denuntiationsprocess bis auf geringe Spuren ausgemerzt worden sei.

5. § 19. Die Ausnahmen vom Denuntiationsprocess.

Es giebt gewisse Sachen, welche nach dem Theodosischen Codex vom Denuntiationsprocess ausgenommen sind; diese Sachen sollen angegeben und es soll nachher untersucht werden, was denn bei ihnen eine an Stelle des Denuntiationsprocesses getreten ist.

Ich setze zunächst die Constitutionen in derjenigen Reihenfolge, in welcher sie zeitlich ergangen sind, hierher.

l. 3 C. Th. de denunt. 2, 4: Exigendae denuntiationis locus non est, cum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur (Valent. Valens et Gratianus ao. 371).

l. 6 C. Th. de iis quae administr. 8, 15: Quicunque administranti provinciam provinciasve atque indifferentes sub quoquo apice potestatis quid donaverit, repetendi usque ad quintum annum, ex quo idem privatus esse coeperit, habeat facultatem. § 1 . . . ita ut ad repetendam possessionem ne denuntiatione quidem opus sit, sed sufficiat apud iudicem, cuius de ea re notio erit, docuisse tempus, quo liberalitas sit parata, quo patefacto non secus ad eundem possessio cum fructibus revertatur, ac si ex eius nunquam iure migrasset (Gratianus Valent. et Theod. ao. 380).

l. 3 C. Th. de off. comitis sacr. largit. 1, 10: In omnibus causis ita cognitioni iurgiorum operam dabis, ut extra ordinem et sine temporibus recognoscens mature, cum ratio fuerit, ac rursus severius, si

iustitia persuaserit, definitam scias promendam esse sententiam (Gratian. Valent. et Theod. ao. 385) [1]).

l. 5 C. Th. de denunt. 2, 4: Universa quidem negotia, quae ex rescriptorum auctoritate sortiuntur exordium, ad cursum temporum pertinere decretum est; ante omnia vero procurandum est, ne pervasionibus improborum protelandae cognitionis praebeatur occasio. Idcirco si quis possessione deiectus auxilium nostri poscat oraculi, nullis eum temporum, quae ex rescriptorum editione defluunt, moris esse ludendum, hac lege decernimus, ne iuris suffragium, quod in celeri reformatione consistit, beneficiorum imperialium decreta suspendant. (Valent. Theod. et Arcadius ao. 389).

l. un. C. Th. utrubi 4, 23: Si coloni, quos bona fide quisque possedit, ad alios fugae vitio transeuntes necessitatem conditionis propriae declinare tentaverint, bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione succurri, tunc causam originis et proprietatis agitari, non exspectatis temporibus nec denuntiatione solenni; quae locum in his negotiis non habebunt. (Arcadius et Honorius ao. 400) [2]).

---

[1]) Mit Unrecht schliesst aus dieser Constitution Bethmann-Hollweg (Civilpr. Bd. 3 S. 240 No. 39), dass *alle* fiscalischen Processe dem Denuntiationsprocess entnommen seien. Die Constitution ist an den comes sacrarum largitionum gerichtet, und nach l. 13 C. Th. de iure fisci 10, 1 (ao. 385, oben abgedruckt S. 128) ist nur dieser in seinen Cognitionen an den Denuntiationsprocess nicht gebunden, für die übrigen Richter in Fiscalsachen bestimmt gerade die l. 13 cit. eine abgekürzte Daner der Dilation. Ueberdies ist oben für die Fiscalsachen der Denuntiationsprocess mit sechsmonatlicher Beweisfrist nachgewiesen worden (§ 16).

[2]) Diese Constitution jedoch mit Weglassung des Schluss-

l. 6 C. Th. de denunt. 2, 4: Si quis debiti, quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione translatum est, seu fideicommissi dirigat actionem, aut momentariam possessionem pervasione violatam vel quodlibet interdictum[1]) efflagitet, seu inofficiosum arguat testamentum, vel tutelae seu negotiorum gestorum intendat, ruptis denuntiationum ambagibus inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere[2]), denuntiatione ac temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis, quarum tamen aestimatios centum solidorum summam excedat, volumus custodiri. (Arcad. Honor. et Theodos. ao. 406).

l. 7 C. Th. eod.: Quaecunque forte ecclesiae venerabilis negotia sunt vel esse poterunt actiones, celeri legum ordine servato iudicantum disceptatione finiantur. Nec enim decet defensione loci nominisque venerabilis suscepta publica diu secretaria praestolari (Honor. et Theod. ao. 409).

---

satzes von non exspectatis temporibus an ist in die Justinianische Compilation aufgenommen als l. 14 C. J. de agric. 11, 48.

[1]) Hierher gehört l. un. § 2 C. Th. quorum bonorum 4, 23: Insuper etiam mansura perpetua sanctione iubemus, ut *omnibus frustrationibus amputatis* in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa (Arcad. et Honor. ao. 395), aufgenommen als l. 3 l. C. J. quor. bon. 8, 2.

[2]) Dieser Theil der Constitution ist mit Beschränkung auf die Interdicte aufgenommen als l. 4 C. J. de interd. 8, 1; er lautet hier: Si quis quodlibet interdictum efflagitet, ruptis *veteribus* ambagibus inter ipsa cognitionum auspicia *actionem* exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere (die cursiv gedruckten Worte beruhen auf Interpolation).

Aelter als alle diese Constitutionen ist eine Verordnung Constantins von 319[1]), welche für die actio doli den Wegfall der Denuntiation bestimmt, aber es geschieht dies nur für den Fall, dass der Beklagte längere Zeit abwesend ist: ut si forte is, contra quem res agitur, longius ullo genere discesserit, nec denuntiandi necessitate actor oneretur, nec eius qui aberit praesentia postuletur[2]).

Stellen wir die einzelnen dem Denuntiationsprocess entnommenen Sachen zusammen, so sind es: 1. klare Geldforderungen aus einem Schuldschein, 2. Rückforderung der gegen die Repetundengesetze gemachten Geschenke, 3. Fiscalprocesse vor dem comes sacrarum largitionum, 4. die sämmtlichen Interdicte, namentlich die int. de vi und utrubi, 5. die Fideicommissforderung, 6. die querela inofficiosi, 7. die act. tutelae und negotiorum, 8. alle Forderungen bis zu hundert Solidi, gleichviel ob auf Geld gerichtet oder nicht, 9. alle Forderungen der Kirchen. Auf ein Princip oder auch auf mehrere lassen sich diese Sachen nicht zurückführen. Es mag zugegeben werden, dass mehrere der Beschleunigung wegen ihres Beweises würdig sind (klare Geldschulden aus Schuldscheinen), andere der Beschleunigung wegen ihres Fundamentes bedürftig sind (die Besitzprocesse und die Bestechungen), andere die Be-

---

[1]) l. un C. Th. de dolo malo 2, 15.

[2]) Es ist dies ein Fall, in welchem genau genommen, kein Denuntiationsprocess stattfinden durfte, vielmehr muss auf dem Wege der missio in bona vorgegangen werden (s. § 27). Vielleicht ist aber bloss von einer Feststellung der den Dolus betreffenden Thatsachen am Orte, wo der Dolus begangen ist, die Rede, denn es wird ferner bestimmt, dass lis ad suum iudicem translata intra biennii spatium decidatur, das Vorverfahren fand also nicht vor dem über den Beklagten competenten Richter statt.

schleunigung kraft Begünstigung (die Processe vor dem comes sacrorum largitionum und die Processe der Kirchen), oder wegen des verhältnissmässig geringen Processobjects (alle Sachen bis zu hundert Solidi) erhalten haben. Immerhin bleibt ein gewisser Rest, bei welchem die Motivirung des beschleunigten Processes schwer fällt. Unter allen Sachen des beschleunigten Processes sind unbedingt die zahlreichsten diejenigen, deren Processobject den Werth von hundert Solidi nicht übersteigt; erwägt man, dass sie nicht auf Geld, sondern auf irgend eine in Geld schätzbare Leistung gerichtet zu sein brauchen, so darf man die Behauptung aufstellen, *dass schon seit dem Jahre 406 der Denuntiationsprocess nicht mehr der regelmässige Process war;* wieviel Processe giebt es denn heute (und gab es damals), deren Object über hundert Solidi (etwa zwölfhundert Mark) hinausgeht [1])?

Wenden wir uns nunmehr zu der Frage, worin der Process der ausgenommenen Sachen von dem Denuntiationsprocess abweicht, so ist auf zwei Umstände aufmerksam zu machen:

1. In einigen Constitutionen wird bloss die Denuntiation beseitigt, in anderen bloss der Fristenlauf, in noch anderen beides; auf diese Differenz im Ausdruck lege ich kein Gewicht, ich nehme (wie alle bisherigen Schriftsteller) an, dass stets beides gemeint ist.

2. In einigen Constitutionen wird die lange Dauer des Denuntiationsproccsses als dasjenige bezeichnet, was in den ausgenommenen Sachen vermieden werden soll:

> l. 5 C. Th. de denunt. 2, 4: . . . . ne pervasionibus improborum *protelandae cognitioni prae-*

[1]) Die Sachen bis zu hundert Aurei kehren noch einmal wieder in Nov. 82 c. 9, wo sie für gänzlich sportelfrei erklärt werden.

beatur occasio; . . . . *nullis eum temporum* quae ex rescriptorum editione defluunt, *moris esse ludendum* . . . .; iuris suffragium quod in *celeri reformatione consistit* . . . .

l. un. C. Th. utrubi 4, 23: . . . . bonae fidei possessori primum oportet *et celeri reformatione* succurri . . . .

l. 6 C. Th. de denunt. 2, 9: . . . . ruptis denuntiationum *ambagibus* . . . .

l. 7 eod.: . . . . nec enim decet . . . . publica *diu* secretaria praestolari.

Hiernach ist es leicht, die eine sich aufwerfende Frage [1]), nämlich die Frage nach dem Wesen der Beschleunigung zu beantworten. Die Beschleunigung besteht darin, dass die Beweisfrist wegfällt, dass mithin der Beweis sofort mit den mündlichen Vorträgen, aus denen die Litiscontestation hervorgeht, zu verbinden ist; dies wird direct bestätigt durch die Worte des Hauptgesetzes über unsere Materie, nämlich der l. 6 C. Th. de denunt. 2, 4 [2]):

. . . . ruptis denuntiationum ambagibus *inter ipsa cognitionum auspicia* rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere . . . .

Denn dass die auspicia cognitionum den *Anfang* der Verhandlungen bedeuten, wissen wir aus einem anderen Gesetze desselben Kaisers Theodosius II. [3]). Zwar

---

[1]) Auf die zweite komme ich sogleich.

[2]) S. auch l. 1 § 1 C. Th. si cert. pet. 2, 27 und Muther Sequestration S. 263.

[3]) Es ist l. 7 pr. C. Th. de test. 4, 4 (aufgenommen als l. 8 § 1 C. J. de codic. 6, 31). Es handelt sich um ein Testament mit Codicillarclausel; der Bedachte soll sich *sofort* entscheiden, ob er den Act als Testament oder als Codicill behandelt wissen wolle; dieses sofort wird durch die Worte ausgedrückt: statim

möchte man einwenden, dass es dazu keines besonderen Gesetzes bedurfte, der Kläger habe ja das Ende der Frist nicht abzuwarten brauchen, sondern sofort an seinen Vortrag oder doch an den Vortrag des Beklagten seine Beweisführung anschliessen können. Allein dieser Einwand greift nicht durch, denn die Beweisfrist besteht, wie ich nachgewiesen habe (S. 148 ff.), auch für den Beklagten; dieser also soll gleichfalls sofort beweisen, er soll keine Dilation erhalten, daher deiectum nullis temporum moris esse ludendum[1]). Die l. 7 C. Th. de denunt. 2, 4 drückt dies mit den Worten aus:

> nec enim decet (bei Klagen der Kirchen) publica *diu* secretaria praestolari.

Das heisst: der Gerichtssaal soll bei Klagen der Kirche nicht *lange* bereit stehen, um die Parteien zu erwarten, er soll *sofort* betreten werden.

Schwieriger ist die zweite Frage. Sie lautet: was ist an die Stelle der (in den ausgenommenen Sachen beseitigten) Denuntiation getreten? Erinnern wir uns hierbei, dass nach der Ausführung auf S. 11 ff. die denuntiatio suo nomine einen doppelten Bestandtheil hat, es ist nämlich neben der Ladung des Beklagten eine kurze Mittheilung der Klage an den Richter zu machen[2]). Nun ist unzweifelhaft in dem beschleunigten Process die Mittheilung an den Richter geblieben; die Frage, welche zu beantworten bleibt, ist die nach der Art und Weise, in welcher die Ladung des Beklagten erfolgte?

---

inter ipsa iuris auspicia propositum suae intentionis explanet. Vgl. auch l. 5 § 1 C. Th. de sep. viol. 9, 17, wo auspiciari in der Bedeutung von „anfangen“ gebraucht ist. Wieding hat dies übersehen; er fasst auspicia cognitionum auf als „Verhandlungen, die eine günstige oder ungünstige Vorbedeutung für die Hauptsache enthielten“ (Libellpr. S. 501).

[1]) l. 5 C. Th. de denunt. 2, 4.

[2]) fr. Vat. 156.

Bethmann-Hollweg denkt an eine richterliche Ladung durch einen Exsecutor, hat aber für diese Meinung keine Beweise beigebracht [1]).

Wieding hingegen denkt an eine mündliche Ladung ex auctoritate [2]), d. h. der Magistrat habe sein Decret mündlich ertheilt, und dieses sei vom Kläger dem Beklagten im Wege der Denuntiation mitgetheilt worden; deshalb mäkelt er an dem Ausdruck der l. 6 C. Th. de denunt. 2, 4, und er hält den Schlusssatz (denuntiatione et temporum — volumus custodiri) sogar für unecht; nur die temporum observatio (im Wiedingschen Sinn) sei beseitigt, nicht aber die Denuntiation [3]).

Unbedingt gab es in der späteren Kaiserzeit einen durchweg mündlichen Process, d. h. einen Process nicht bloss mit mündlicher Ladung, sondern auch mit mündlicher Klage und unter Wegfall der förmlichen Protocolle [4]). Die Annahme eines solchen mündlichen Processes in unseren von der Litisdenuntiation und der Beobachtung der Beweisfristen ausgenommenen Sachen wird durch die Westgothische Interpretatio zur Hauptstelle (l. 6 C. Th. de denunt. 2, 4) unterstützt, denn nach einer Aufzählung der einzelnen Sachen fährt sie fort:

> non exspectetur, ut prius quod repetit apud acta proponat, *aut ordo ipsius causae petatur scriptus*, sed mox apud iudicem sine ulla temporum mora, quae per hoc videtur afferri, causam suam pro-

---

1) Civilpr. Bd. 3 S. 367 N. 37.

2) Libellpr. S. 497 ff., namentlich S. 500. Er hat noch eine andere Ansicht S. 491 ff. proponirt, die er aber selbst für bedenklich erklärt. S. 497.

3) Libellpr. S. 502.

4) Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 3 S. 349.

ponat et omnes partes suae probationis exhibeat . . . .

Allein einerseits verschmähe ich es bei den vielen Verkehrtheiten, von denen die Interpretatio überfliesst, dieselbe zur Erklärung des Theodosischen Codex zu benutzen, andererseits ist nach einem Gesetz Kaiser Zenos der mündliche Process in den ausgenommenen Sachen nicht ohne Weiteres angewendet worden:

> l. 3 § 5 C. J. de privil. scholar. 12, 29: *Sed si talis sit negotii vilitas, ut etiam sine scriptis consentientibus videlicet partibus* super ea possit cognosci, expectato sine scriptis sicut dictum est cognitionis eventu, si deteriorem calculum reportaverint, sportularum nomine unum tantummodo solidum exsecutori praestabunt.

Wieding zwar behauptet, dass nach diesem Gesetze die conventio sine scriptis in den Sachen unter hundert Aurei, wahrscheinlich also auch in den übrigen ausgenommenen Sachen gegolten habe. Allein er hat übersehen, dass die Geringfügigkeit des Objects nur dann zum mündlichen Process führt, wenn die Parteien hierüber einig sind: consentientibus videlicet partibus; dahingegen wird in dem § 4 der Constitution der mündliche Process ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitobjects behandelt, in dem letzteren Falle fallen alle Sporteln weg, während in dem Falle des § 5 eine gewisse Sportel zu bezahlen ist. Das entscheidende Moment für mich ist, dass nach dem Gesetz wie auch nach anderen Constitutionen [1]) sowohl bei dem Verfahren sine scriptis als bei demjenigen mit Schrift die Behändigung der Ladung durch einen Exsecutor geschieht.

---

[1]) l. 4 C. J. de castrensianis 12, 15; l. 8 C. J. de princ. ag. 12, 21; l. 12 C. J. de prox. sacr. 12, 19.

Sonach kann ich die Beweisführung Wiedings nicht als treffend bezeichnen. Dass Bethmann-Hollweg seine Meinung überhaupt nicht begründet hat, habe ich schon oben bemerkt.

Aber auch ohne Beweisführung müssen wir annehmen, dass die Ladung durch einen Diener des Magistrats, bei welchem die Klage angebracht war, erfolgte; denn es ist kein anderer Weg denkbar, auf welchem nach Abschaffung der Denuntiation die Ladung dem Beklagten behändigt werden konnte.

Bei dieser, ich gestehe es, verzweifelten Lage der Sache will ich darauf aufmerksam machen, dass wenigstens einige Indicien existiren.

Die Behändigung der Ladung geschieht im Justinianischen Process per executorem; es giebt nach einem Gesetz des Kaisers Anastasius exsecutores quibus imminendi litibus sollicitudo iniuncta est [1]), d. h. Unterbeamte, welche die Aufgabe haben, die Processe anzukündigen; sie werden in unzähligen Gesetzen der posttheodosischen Kaiser erwähnt, namentlich kommen sie in jedem Gesetz über Sporteln und cautio sisti vor (s. § 22). Vergleichen wir hiermit die Rechtsquellen der classischen und nachclassischen Zeit bis zu Theodos II. inclusive, so bieten sie ein ganz anderes Bild.

In der classischen Zeit bis zu Diocletian werden Exsecutoren bloss für die Vollstreckung richterlicher Urtheile erwähnt [2]).

Im Theodosischen Codex findet sich das Wort „exsecutor" nur an drei Stellen erwähnt [3]), nämlich zuerst

[1]) l. 12 § 1 C. J. de prox. sacr. 12, 19.

[2]) l. 4 pr. D. de app. 49, 1; l. 6 l. 8 C. J. de exsec. rei iud. 7, 53; l. 3 § 8 D. de neg. gest. 3, 5.

[3]) Gothofredus hat es in seinem glossarium nomicum auffallender Weise ganz übergangen.

in der Ueberschrift des Titels VIII, 8: de exsecutoribus et exactionibus, sodann in l. 4 h. t.:

> Nullus apparitor amplitudinis tuae vel de officiis palatinis ad eam provinciam, ex qua oriundus est, vel in qua collocaverit larem obtentu publicae necessitatis *vel exsecutor privati negotii* dirigatur .... (Gratian. Valentin. et Theodos. ad Gusignium p. p. ao. 386).

Diese Constitution ist in den Justinianischen Codex als l. 3 C. J. de divers. off. 12, 59 aufgenommen [1]). In diesem Codex findet sich noch eine Constitution, die in demselben Jahre 386 von den Kaisern Valentinian, Theodos und Arcadius an den Präfectus Prätorio Cynegius ergangen ist, und welche ungefähr den gleichen Inhalt wie l. 4 cit. hat; es ist l. 8 C. J. de off. rect. prov. 1, 40:

> Ne quis iudicum in provincia sua praefectianum vel palatinum vel militem vel ex his etiam omnibus, qui antea in huiusmodi officiis fuerunt commorati, *intercessorem id est exsecutorem* cuiusquam litigatoris petitione in quolibet seu privato seu publico negotio putet esse tribuendum . . .

Dass die Worte „id est exsecutorem“ ein Emblem Tribonians enthalten, liegt auf der Hand, und so wird es klar, dass der Justinianische Exsecutor gegen Ende des 4. Jahrhunderts intercessor hiess. Das wird noch durch eine andere Interpolation bestätigt. Es lautet nämlich im Theodosischen Codex die

> l. 1 C. Th. de pign. 2, 30: Intercessores a rectoribus provinciarum dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves

---

[1]) Nur nach larem mit dem Zusatz „vel qui iam in huiusmodi officio fuerit commoratus“; der Zusatz stammt aus der gleich zu behandelnden l. 8 C. J. de off. rect. prov. 1, 40.

> aratorios pignoris causa de possessionibus abstrahunt, ex quo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur intercessor aut creditor aut praefectus pacis vel decurio in hac re fuerit detectus, a rectoribus provinciarum capitali sententiae subiugetur (Constantinus ao. 315).

Auch diese Constitution ist in dem Justinianischen Codex als l. 7 C. J. de pign. 8, 16 aufgenommen; nur haben die Compilatoren an Stelle der intercessores im Anfang der Stelle exsecutores interpolirt; im zweiten Satz haben sie den intercessor stehen gelassen.

Die dritte Stelle des Theodosischen Codex, worin der Exsecutor erwähnt wird, ist

> l. 18 § 1 C. Th. quor. appell. 11, 36: Similiter ne ab exsecutione quidem provocantem admitti convenit, si tamen exsecutoris vitio minime modus sententiae transeatur (Valent. et Valens ao. 365).

Aus diesen Anzeichen scheint mir mit Sicherheit sich zu ergeben, dass in der posttheodosischen Zeit mit dem Exsecutoreninstitut eine grosse Veränderung vorgegangen ist. Ich vermuthe folgende.

Bis zu Theodos II. (inclusive) existirte das Wort executor nicht als Amtsbezeichnung [1]); es wurde bloss angewandt zur Bezeichnung der materiellen Thätigkeit eines Officialen [2]); der Pfändungsbeamte scheint den

---

[1]) Dass dies für die Zeit vor Diocletian und Constantin unzweifelhaft ist, ergiebt die Darstellung bei Mommsen, Röm. Staatsrecht Bd. 1 S. 318—353 der 2. Aufl. Im Texte spreche ich nur von der Zeit nach Diocletian und Constantin.

[2]) In dem Falle der l. 2 C. Th. de exsec. 8, 8 (= l. 1 C. J. de sport. 3, 2) lag es ungemein nahe, den Namen exsecutor zu gebrauchen, wenn er damals existirt hätte, anstatt dessen ist von einem Apparitor die Rede. Die Constitution lautet: Quisquis fuerit exhibitus, usque ad negotii terminum ab eo, cui primum traditus fuerat, observari eum apparitore decernimus .... (Gratian. Valent. et Theodos. ao. 379).

Namen intercessor gehabt zu haben. Nun ist aber dieser Intercessor nicht bloss bei Pfändungen thätig (l. 1 cit. C. Th. de pign. 2, 30 = l. 7 C. J. de pign. 8, 16), sondern cuiusquam litigatoris petitione in quolibet seu privato seu publico negotio (l. 8 cit. C. J. de off. rect. prov. 1, 40); als exsecutor privati negotii (l. 4 cit. C. Th. de exsec. et exact. 8, 8 = l. 3 cit. C. J. de div. off. 8. 59). Darunter können meines Erachtens, abgesehen von den Pfändungen, nur die Ladungen verstanden werden. Indem aber diese Thätigkeit der Intercessoren äusserst selten (bloss in zwei Constitutionen) erwähnt wird, so erhalten wir ein Indicium dafür, dass ihre Thätigkeit zum Zwecke der Ladung selten eintrat, d. h. nur in den vom Denuntiationsprocess ausgenommenen Sachen.

Ob mit der Ladung per exsecutorem noch andere Aenderungen verbunden waren: Uebergabe eines Libells, Einräumung einer zehntägigen Frist, — darauf werde ich in § 26 eingehen.

§ 20. Anhang. Zwei Relationen von Symmachus. Ein Citat aus Augustinus.

Unter den Berichten des praefectus urbis Symmachus sind aus den Jahren 384 und 385 zwei, welche von der reparatio temporum handeln, und die ich dem Leser vorlege. Sie tragen in der neuen Seeck'schen Ausgabe p. 305. 311 die Zahl 32 und 39.

Der Bericht 32 lautet:

> Difficile est, ut bona causa sit, cuius actio in ius alterius desperatione transfertur. Id adeo res probavit, ddd. imppp. Nam Theodorus ut adscribit ex protectoribus ab Anniana quadam in rem suam procurator creatus iam pridem cla-

rissimo atque emendatissimo viro Eupraxio urbanis tribunalibus praesidente Flavianum quendam denuntiata lite pulsavit, sed diem legitimum causae lapsus excessit. Longo intervallo a me petita reparatio cum partes ad necessarium contraxisset examen, post multas allegationes, quas iudicia ut invalidas respuerunt, orta praescriptio est, quae adseveret, novari tempora possessore mortuo debuisse; nam constabat non modo Flavianum, qui propositam legibus quaestionem primus exceperat, sed etiam successorem eius finem fecisse vivendi. Ad hoc promissa est lectio veluti probatura indiciis, novationem tantum petitoris heredi esse decretam, quod verbo quidem adsertum sed sanctionibus non probatum contrariae legis recitatione conpressum est. Secutus igitur scita manifesta et nullis principum vacuata responsis cessare processum negotii iudicavi, cum lis alteri denuntiata aliam personam temporibus novationis etiam exactis tenere non posset. Tunc oblatis provocationis libellis suspensa sententia. Cuius meritum perennitas vestra lectis gestis ac refutatoriis cohaerentibus aestimavit; ego in referendo prolixus esse non debui, cum paene in ipso actionum vestibulo repulsa legibus causa constiterit.

Der einleitende Satz enthält eine Anspielung auf die unter den Kaisern schon früh verbotene Cession an einen Potentior; wenn dieses Verbot im vorliegenden Fall von Symmachus nicht in Anwendung gebracht wird, so hat dies darin seinen Grund, dass der Cessionar Theodorus, der Leibgardist (ex protectoribus) kaum zu den Potentiores gerechnet werden konnte [1]). Der Rechtsfall ist folgender:

---

[1]) S. jedoch l. 4 § 8 D. de re milit. 49, 16.

Anniana hatte eine Forderung gegen Flavianus dem Theodorus cedirt; der letztere klagte sie mit Denuntiation ein, aber er hielt die viermonatliche Frist nicht ein [1]). Es stirbt unterdess Flavianus (wahrscheinlich innerhalb der vier Monate, siehe unten), sowie sein Erbe. Nunmehr nach langer Zwischenzeit [2]) beantragt der Kläger bei Symmachus die Reparation; Symmachus war hierzu competent, da er als Stadtpräfect sacra vice sass. Es erfolgt über die beantragte Reparation eine Verhandlung, in welcher sich die Parteien auf kaiserliche Verordnungen (Rescripte?) berufen. Symmachus spricht sich nicht darüber aus, wer sich auf die eine oder andere Verordnung berufen habe, indess ergiebt sich dies aus der Sache selbst.

Zuerst beruft sich der Kläger auf eine Verordnung, nach welcher die Reparation beim Tode des Beklagten erfolgen muss. Er verlangt also die Reparation nicht aus einem in seiner Person, sondern in der Person des Gegners eingetretenen Zufall. Mit Recht, denn der Tod des Beklagten verhindert ihn, mit diesem zu verhandeln.

Als daher der Beklagte die Vorlegung eines Rescripts verspricht, wonach nur der Tod des Klägers für dessen Erben einen Reparationsgrund abgeben solle, so ist er offenbar im Unrecht [3]); er kann denn

---

[1]) In dem Satze „sed diem legitimum causae lapsus excessit" scheint mir causae lapsus ein Glossem zu sein; ich folgere dies aus sprachlichen Gründen; übrigens ist der Sinn unzweifelhaft.

[2]) Es gab also keine Zeit, innerhalb welcher die Reparation hätte erbeten werden können; eine solche haben wir auch in § 17 nicht gefunden. Man möchte hierin einen argen Mangel erblicken, allein man vergesse nicht, dass die Gewährung der Reparation rein im Arbitrium des Kaisers resp. des sacra vice richtenden hohen Beamten stand.

[3]) Vielleicht stützte er sich auf die Worte der l. 4 C. Th. de temp. cursu 2, 6 „ita tamen ut ea res non lateat *possiden-*

auch das Rescript nicht beibringen, und wird durch ein vom Kläger vorgelegtes gegentheiliges Rescript widerlegt.

Dennoch entscheidet Symmachus gegen den Kläger dahin, dass dem Processe kein Fortgang zu geben sei; sein Grund lautet:

> cum lis alteri denuntiata aliam personam temporibus novationis etiam exactis tenere non posset.

Ich verstehe dies dahin, dass die Litisdenuntiation an den Erblasser für den Erben selbst dann nicht verbindlich gewesen wäre, wenn die Reparation erfolgt wäre (daher posset, nicht possit). Die Unverbindlichkeit lag darin, dass die Litiscontestation nicht geschehen war, denn die translatio iudicii erfolgt erst nach geschehener Litiscontestation [1]), ist diese noch nicht geschehen, so ist die Klage gegen den Erben von Frischem anzustellen. Dass aber im vorliegenden Falle die Litiscontestation noch nicht geschehen war, schliesse ich einmal daraus, dass die Lis bloss als denuntiata, nicht als contestata bezeichnet wird, sodann aber aus den Schlussworten, nach welchen paene in ipso actionum vestibulo repulsa legibus causa constiterit, d. h. der Reparationsantrag zeigte sich beim *Anfange* des Processes als ungegründet. Es war also (wahrscheinlich wegen des Todes des Flavianus) innerhalb der vier Monate nicht zu einer ersten Verhandlung der Sache selbst gekommen.

Die eingelegte Appellation des Klägers war hiernach ungegründet, sein Klagrecht aber litt hierdurch keinen

---

tem"; allein die l. 4 sowohl als die vorangehende l. 3 lassen die Reparation bei dem Tode einer der beiden Parteien eintreten.

[1]) l. 4 § 1 C. de in lit. iur. 5, 53; Wetzell, Civilpr. § 6 Note 2 ff.



Schaden, er konnte den Erben des Erben des Flavianus belangen, da alle bisherigen gerichtlichen Schritte keine Bedeutung hatten.

Der Bericht 39 lautet:

Facit plerumque ratio aut fortuna causarum, ut in controversiis alter aequitate alter iure nitatur; tunc humano labante consilio deliberatio cognitoris ad clementiae vestrae recurrit oraculum, ddd. imppp., quod etiam praesentis negotii qualitas deposcit. Nam Musa annos egressa legitimos, cum in partem rerum paternarum Syntrophium quereretur admissum, quem veluti adultae suae fratrem dolus Acholii curatoris adsciverat, integri restaurationem suffragio iuris accepit, sed multis provocationibus variisque tracta iudiciis intra metas iusti temporis nequivit exequi propositas actiones. Ut res monebat, amissum beneficium remedio integravit supplicationis, sed idem mulierem casus etiam rescripti sacri humanitate fraudavit; si quidem mensium quatuor dilata curriculis supremo die temporis impetrati excidit; cognitorem namque successor adveniens praemisso interdicto potestate privaverat. Post haec cum vellet infelicem causae lapsum reparatione sarcire, obiectu Constantinianae legis explosa est, quae extra ordinem temporibus indultis longiorem negavit excursum. Secuta est iudicatio provocatum. Ubi ventum ad sacrae sedis examen et eadem constitutio a Faustino herede Acholii curatoris rursus ingesta est, pars procuratoris, cui actiones Musa mandaverat, non suo vitio causam cecidisse temporibus adprobavit. Ad hoc parentum numinis vestri divorum principum protulit sanctionem, quae inter reliquas exceptiones reparationem iurgantibus tribuit, si per cognitorem causa labatur. Cum igitur et in Constantiniana

> lege, qua reparatio adimitur temporibus extra ordinem datis, casus iste cessantis disceptatoris non sit exceptus et recentiora scita divorum cunctis negotiis reparatione subvenerint, si forte a iudice deserantur, facilis in alteram partem esse non potui, sed quod unum remedium convenit rebus ambiguis, fortunam curiosi luctaminis augustissimis legum arbitris reservavi gestis omnibus de more subiectis, ut eorum lectio insinuationis meae adstruat veritatem.

Der Bericht ist eine consultatio ante sententiam. Die Sache hat bei den Unterrichtern gespielt, und ist im Wege der Appellation an Symmachus gediehen, dieser aber ist zweifelhaft und wendet sich deshalb an den Kaiser mit der Bitte um Entscheidung.

Der Rechtsfall ist folgender:

Als Musa noch unter der Cura des Acholius stand, hatte der letztere den Syntrophius fälschlich als ihren Bruder anerkannt, und ihm einen Theil des Nachlasses des Vaters der Musa zugewendet. Musa klagte, nachdem sie grossjährig geworden, in zwei Processen. Im ersten Processe wies sie nach, dass Syntrophius nicht ihr Bruder sei, und sie wurde als Alleinerbin ihres Vaters anerkannt (integri restaurationem suffragio iuris accepit). Wie dieser erste Process zu denken sei (ob als hereditatis petitio oder als praeiudicium an Syntrophius filius patris Musae sit), ist in dem Bericht nicht gesagt; ich vermuthe das Letztere; denn auf diese Weise erklärt es sich, dass nunmehr Musa einen zweiten Process anstellte und gegen Acholius[1]) auf Herausgabe des gesammten väterlichen Nachlasses resp. desjenigen Theiles, welchen er dem Syntrophius zu-

[1]) Dass Acholius der Beklagte ist, folgt aus dem Auftreten seines Erben Faustinus.

gewendet hatte, klagte. In diesem Processe konnte sie ohne ihre Schuld die viermonatliche Frist nicht innehalten; sie erhält deshalb vom Kaiser (remedio supplicationis) Reparation. Aber auch diese reparirte Frist verlor sie durch einen unglücklichen Zufall; zuerst würde sie in den ihr wieder gewährten vier Monaten hingehalten (mensium quatuor dilata curriculis), und am letzten Tage wurde dem Richter von seinem Nachfolger durch ein vorausgeschicktes Verbot das Judiciren untersagt [1]). Was nunmehr folgt, bedarf einer eingehenderen Erörterung, es handelt sich um die Worte:

> post haec cum vellet infelicem causae lapsum reparatione sarcire, obiectu Constantinianae legis explosa est, quae extra ordinem temporibus indultis longiorem negavit excursum. Secuta est provocatio iudicatum.

In den ersten Worten (post haec — sarcire) kann unmöglich ein Antrag auf eine zweite Reparation gerichtet werden, denn dieser Antrag hätte an den Kaiser gerichtet werden müssen, während doch nach den Worten „secuta est provocatio iudicatum" eine Entscheidung vom Unterrichter gefällt worden ist. Ich nehme vielmehr folgendes an:

Die lex Constantiniana ist die l. 1 C. Th. de temp. cursu 2, 6 (abgedruckt oben S. 134 f.). Sieht man deren Text genau an, so besagt sie, der Kaiser gewähre die Reparation im Allgemeinen, hingegen die Frist der Reparation sei vom Richter selbst arbiträr zu bestimmen, und zwar solle er höchstens vier Monate gewähren.

---

[1]) Die Worte „supremo die temporis impetrati excidit" werden von Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. 3 S. 237 N. 16 offenbar unrichtig interpretirt; er hat übersehen, dass die Musa zuerst hingehalten und am letzten Tage durch das vorausgeschickte Verbot um ihr Recht gebracht wird.

Mir scheint demnach, dass Musa sich an den Unterrichter mit dem Antrag wendete, die Frist, da sie ja doch von seinem Arbitrium abhänge, nachträglich zu verlängern[1]). Der Unterrichter wies mit Recht den Antrag ab, da er nach dem Gesetze Constantins nicht mehr als vier Monate gewähren durfte (longiorem negavit excursum). Gegen diese Abweisung appellirte Musa, und die Sache wurde vor Symmachus als Appellationsrichter verhandelt. In der Verhandlung beruft sich der Beklagte (modo sein Erbe) auf das gedachte Constantinische Gesetz, der Vertreter der Musa einerseits auf die Schuldlosigkeit seiner Mandantin, andererseits auf die kaiserlichen Rescripte, welche die Reparation versprechen, wenn die viermonatliche Frist durch Umstände in der Person des Richters nicht eingehalten wird. Symmachus schwankt. Einerseits ist in einem Constantinischen Gesetze[2]) die zweite Reparation im Allgemeinen verboten, gewisse Ausnahmen werden von Constantin gestattet, darunter befindet sich aber nicht der Fall des cessirenden Richters. Andererseits existiren kaiserliche Rescripte, wonach die Partei unbedingt Anspruch auf Reparation hat, wenn sie aus Gründen, die den Richter selbst betreffen, die Frist nicht einhalten konnte[3]). Daher will Symmachus weder zu Gunsten der einen noch zu Gunsten der anderen Partei ent-

---

[1]) Die Worte „cum vellet causae lapsum reparatione sarcire" verstehe ich also dahin, dass Musa den lapsus causae durch *die bereits erlangte* Reparation beseitigen wollte, nicht durch eine neue Reparation.

[2]) Es ist dieses Gesetz Constantins mit dem oben angeführten nicht zu verwechseln; das oben angeführte, ist die l. 1 C. Th. de temp. cursu 2, 6, das jetzt von Symmachus Vorgebrachte ist in l. un. C. Th. de secundo lapsu 11, 32 erwähnt.

[3]) l. 2 C. Th. de repar. app. 11, 31 (gerichtet an den Vater von Symmachus).

scheiden, aber in den Worten „unum remedium convenit rebus ambiguis“ giebt er zu verstehen, dass er für Ertheilung der zweiten Reparation sei. Dabei mag erwähnt werden, dass der Antrag der Musa, so wie er gestellt war, formell unhaltbar war, denn eine Verlängerung der ersten Reparation über vier Monate hinaus war gesetzlich unzulässig; allein da die Sache nunmehr an den sacra vice sitzenden Stadtpräfecten resp. an die Kaiser selbst gelangt war, so konnte von diesem formellen Mangel abgesehen und dem Antrag der Musa in Form einer zweiten Reparation stattgegeben werden.

Es möge hier noch ein Citat aus Augustinus contra Donatistas stehen, welches Gothofred anführt:

> Quanto pretio emere possemus, quod ipso timore turbati redire ausi sunt ad illius temporis praescriptionem, ubi dixerunt, lapsam iam esse causam *et quatuor mensibus evolutis agi iam omnino non posse* . . . Revocatur explosa et convicta praescriptio, *diem causae agendae iam transiisse clamatur*.

Wir dürfen das causam agere so auffassen wie es Seitens Ulpians in l. 73 pr. D. de iud. 5, 1 geschieht:

> . . . sive responderit sive non responderit agetur causa et pronuntiabitur . . .

und in l. 1 C. quor. app. non rec. 7, 53:

> Eius qui per contumaciam absens, cum ad agendam causam vocatus esset . . .

Es bedeutet also Verhandlung und Beweisführung.

V. § 21. Der Denuntiationsprocess in dem Syrisch-Römischen Rechtsbuch.

Das in der Ueberschrift genannte von Bruns und Sachau herausgegebene Rechtsbuch hat für die Controversen, welche bisher bezüglich des Denuntiationsprocesses ventilirt wurden, eine gewisse Bedeutung; die eine Controverse wenigstens ist durch das Rechtsbuch endgiltig entschieden worden.

Da ich annehme, dass das Rechtsbuch sich nicht in den Händen aller Leser befindet, so setze ich zunächst die Hauptstellen in der Sachau'schen Uebersetzung her. Es sind dies die §§ 75. 76 des Syrischen und die §§ 40. 41 des Arabischen Textes, beide aus der Londoner Handschrift.

I. Syrischer Text.

§ 75.

Wieviel Zeit verlangt es (das Gesetz), dass gewartet werde nach der *παραγγελία* und dann der Process stattfinde, und welches ist die Beschaffenheit der Sachen, und von wo nimmt die Zeit den Anfang nach dem Herankommen in Folge der *παραγγελία*?

Sobald die *παραγγελία* geschickt ist, müssen vier Monate voll werden, wenn nicht zwischen den Monaten ein leerer ist, das ist Tammuz oder Tischrin I. Denn

diese werden ausgeschieden als leere Monate. Der Tammuz ist gleich Julius [1]).

Die Fristen aber, die man giebt nach den Gesetzen, sind drei Monate und sechs und danach neun wegen der Dinge, die verlangt werden von den Richtern wegen Schuldschreiben oder wegen Zeugnisse, je nachdem die Orte fern sind.

Und wenn der Verklagte in der Macht des *ἡγεμών* ist oder des Richters der Provinz, so werden drei Monate gegeben, (ist er in einer benachbarten Provinz, so werden sechs Monate gegeben; ist er in einer noch ferneren, so ist die Zeit neun Monate [2]) als *προθεσμία,* die genannt wird *διαπόντιος* [3]).

§ 76.

Was muss derjenige thun, dessen Process angefangen wird auf Grundlage einer *προθεσμία,* wenn die *προθεσμία* abgelaufen ist?

---

[1]) Die beiden Monate Tammuz und Tischrin I. sind die Syrischen Namen für Juli und October; sie blieben auch bei der Einführung des Römischen Kalenders durch Caesar im Volksleben üblich und wurden auf die Römischen Monate übertragen. Der Name Tischrin I. beruht darauf, dass im Syrischen Kalender der Name Tischrin doppelt vorkommt, nämlich für October und November. S. Bruns in der Erklärung der einzelnen Paragraphen des Syrisch-Römischen Rechtsbuchs S. 238.

[2]) Die in Klammern eingeschlossenen Worte fehlen in der Handschrift, ergeben sich aber aus der Vergleichung mit dem unmittelbar vorhergehenden Absatz und mit dem Arabischen Text § 47. Die drei Fristen von drei, sechs und neun Monaten stammen aus dem Gesetz Diocletians (l. 1 C. de dilat. 3, 11), welches oben S. 140 erörtert worden ist.

[3]) Die Handschrift hat dipuntos, allein Bruns hat mit Recht *διαπόντιος* conjicirt, denn in l. 1 C. cit. (s. N. 2) sowie in l. 7 eod. wird die neunmonatliche Frist dilatio transmarina genannt. S. Bruns a. a. O. S. 238.

Der Mann der in das Gericht gezogen wird (zieht? [1])), soll seinem Gegner die παραγγελία schicken, und nach der παραγγελία wartet er bis zu vier Monaten. Wenn aber ihr Process [nicht [2])] vor den Richter kommt, so wird er hinfällig, und der Kläger [muss] von Neuem den Richter angehen und wiederum seinen Gegner ins Gericht ziehen. Wenn er aber zum zweiten Mal durch seine List vermittels der προθεσμία den Process hinfällig macht, wie das erste Mal, so hat er seinen Process verloren und hat nichts zu thun mit seinem Gegner, weil er seinen Process zum zweiten Mal hat hinfällig werden lassen. Die Gesetze aber erlauben nicht, dass er ihn zum dritten Mal hinfällig werden lasse.

---

[1]) Der Text hat „gezogen wird", allein Rudorff und Bruns verwerfen diese Lesart mit Recht (gegen Wieding in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 12 S. 301) als widersinnig, und verwandeln sie ins Activum. Bruns führt zur Rechtfertigung der Conjectnr a. a. O. S. 242 folgendes aus: Jemanden ins Gericht ziehen, heisst in der damaligen Griechischen Sprache, wie die Basiliken VII, 17, 12; VII, 8, 21 zeigen, ἕλκειν τινὰ εἰς δικαστήριον; das Medium ἕλκεσθαί τινα hat aber schon im Altgriechischen die reflexive Bedeutung des an sich oder zu sich Ziehens. Offenbar stand nun in unserer Stelle im Griechischen Original einfach ὃς ἕλκεται εἰς δικαστήριον ohne Nennung des Gegners, weil sich dieser aus dem Zusammenhang von selbst versteht. Dies hat der Syrische Uebersetzer dann fälschlich als Passivum genommen, und so aus dem Kläger den Beklagten gemacht.

[2]) Das „nicht" fehlt in der Handschrift des Syrischen Textes, findet sich aber im Arabischen Text § 47, und wird offenbar vom Sinn verlangt. Wieding, der freilich den Arabischen Text nicht kannte, betont das Fehlen der Negation, und deducirt aus der Stelle die Fortdauer der alten Klagenconsumtion (Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 12 S. 302). Mit Recht aber erwidert Bruns a. a. O. S. 242, dass die Hereinziehung dieses Begriffs völlig unzulässig sei, denn die Stelle lässt ja eine zweite Klaganstellung trotz der hinfällig gewordenen ersten Klage zu.

Dieses Gesetz ist aber aufgestellt wegen solcher *δίκαι*, welche mit *προθεσμία* verhandelt werden vor dem Richter.

II. Arabischer Text.

§ 46.

Frage: Was soll der thun, den sein Kläger heranzieht, damit der Richter ihm sein Recht zuspreche, und der hierbei sich des Vorwandes eines Termins bedient, wenn der Termin vorüber ist, ohne dass er vor ihm erschienen ist?

Antwort: Der Recht suchende Mann muss zu seinem Gegner jemand schicken, der ihn benachrichtigt; darauf soll er bis zu vier Monaten warten. Wenn ihre Streitsache nicht vor den Richter kommt, so ist sie hinfällig, und der Kläger muss von Neuem sein Recht suchen und seinen Gegner zum Richter bringen. Wenn er dann zum zweiten Mal die Entscheidung verschiebt mittels eines Termins, und er (der Kläger) die Entscheidung hinfällig macht, wie er es schon das erste Mal gethan, dann hat er sein Recht verloren, und er hat weiter kein Recht mehr an seinen Gegner, weil er übermässig war im Suchen seines Rechts zwei Mal. Und unser Gesetz erlaubt nicht dem Kläger, dass er dies mit ihm noch ein drittes Mal thue. Hierbei ist die Sache dem Richter überlassen, dass er über den Termin entscheide, und sie beide herbeiholen lasse zu einer Zeit, wo sie beide bei ihm zusammenkommen, ohne vorhergehende Verabredung.

§ 47.

Frage: Wie lange soll gewartet werden nach dem Anhängigmachen der Klage, dass dann die Entscheidung erfolge, und wie soll gehandelt werden in den [Rechts-]

Sachen, und von wo ist der Anfang für die Zeit und den Termin?

Antwort: Nach der Klage wartet er bis zu vier Monaten, ausgenommen es sei unter diesen Monaten ein Ferial-Monat; das ist Tammuz oder Tischri I., denn diese beiden Monate werden nicht gezählt unter die Zahl der vier Monate. Und die Termine, welche der angegangene [Richter] bewilligen soll, sind drei Monate [und sechs] und danach neun Monate. Dies ist wegen der Geschäfte, welche den Richtern entstehen in Betreff der Schuldscheine, der Kaufbriefe, der Zeugnisse nach dem Masse der Entfernung der Länder. Wenn der Verklagte in der Macht des Statthalters ist, über dessen Gebiet der Richter richtet, so ist sein Termin drei Monate. Ist er aber nicht in der Provinz dieses Statthalters, so hat er einen Termin von sechs Monaten; ist er aber in einem noch ferneren Ort, so beträgt der Termin neun Monate.

Vor der Besprechung dieser Paragraphen wiederhole ich die Bemerkung von Bruns, dass das Arabische Gewand, in welches die Vorschriften des Römischen Processes gehüllt sind, ihnen einen sonderbaren Ausdruck verleiht. Entkleidet man sie desselben, so erkennt man den Denuntiationsprocess mit aller Sicherheit.

Die erste Vorschrift ist, dass der Kläger an den Beklagten eine *παραγγελία* schicken soll wie Syrer 76 sich ausdrückt; Araber 46 bedient sich dafür des Ausdrucks, er solle ihm Jemanden schicken, der ihn benachrichtigt. Unzweifelhaft ist hierunter die Denuntiation gemeint, da an zahlreichen Stellen sowohl im Syrisch-Römischen Rechtsbuch als bei Theophilus als endlich in den Basiliken die Denuntiationen der verschiedensten Art (processualische und nicht processualische) mit *παραγγελία*

wiedergegeben werden[1]). Dabei ist hervorzuheben, dass die παραγγελία die denunt. suo nomine ist; denn nirgends wird vorgeschrieben, dass Kläger sich an den Richter wenden und um seine Auctoritas bitten solle; auch werden nirgends zwei auf einander folgende Denuntiationen (eine suo nomine und eine andere ex auctoritate) erwähnt. Der Grund hiervon liegt offenbar darin, dass der Verfasser des Rechtsbuchs bloss den Fall behandeln will, wo der Beklagte auf die erste Vorladung erscheint; den Contumacialprocess erwähnt er nicht; er bespricht bloss die „List" des Klägers, welcher ein und zwei Mal die Sache nicht vor den Richter bringt und dadurch den Process hinfällig macht. Ueber die Form der παραγγελία erfahren wir in dem Rechtsbuch nichts.

Neben dieser vom Kläger ausgehenden Ladung findet sich am Schluss des § 46 des Arabischen Textes eine richterliche Ladung erwähnt:

> Hierbei ist die Sache dem Richter überlassen, dass er über den Termin entscheide, und sie beide herbeiholen lasse zu einer Zeit, wo sie beide bei ihm zusammenkommen, ohne vorhergehende Verabredung.

Hierzu macht Bruns (a. a. O. S. 241 in der Note 5) die kurze Bemerkung, es sei dies ein confuser Zusatz des Arabers, der denn auch im Syrischen Text ganz fehle. Ich denke anders über den Zusatz.

Zunächst folgt aus ihm argumento a contrario, dass die Parteien nach geschehener Denuntiation oftmals eine Abrede über den Tag, an welchem sie vor dem Richter erscheinen wollten, getroffen haben. Wenn (wie wir annehmen) noch jetzt die Regel gilt, dass die Denuntiation nicht eine Ladung auf einem Kalendertag

---

[1]) Die Stellen sind gesammelt von Bruns a. a. O. 237.

war, wenn vielmehr der Beklagte sich vier Monate lang jeden Tag auf dem Gericht einfinden muss, um der Beweisführung des Klägers gewärtig zu sein, so lag es offenbar [1]) in seinem Interesse, durch Parteiabrede den Tag zu bestimmen; ein anständiger Kläger konnte eine solche Abrede nicht ablehnen. Aber auch der Richter mochte leicht aus eigener Entschliessug einen Tag ansetzen, vielleicht um sich des Beklagten anzunehmen, vielleicht aber auch im Interesse beider Parteien, im Interesse einer geordneten Geschäftsführung; sicher nämlich behandelte der Römische Richter wie der heutige die Processsachen nach ihrer zeitlichen Anmeldung bei Gericht [2]); lagen nun ältere Sachen vor, so entliess der Richter beide Parteien mit der Erklärung, er werde sie später herbeiholen lassen. Dass die Parteien oftmals vom Richter unverrichteter Sache heimgeschickt wurden, steht quellenmässig fest [3]).

Nachdem die Denuntiation vollzogen ist, „müssen vier Monate voll werden“ (Syrer § 75) [4]), „soll er bis zu vier Monaten warten“ (Araber § 46). Das „müssen“ und „soll“ ist auf den Kläger bezogen eine Uebertreibung, der Kläger *kann* jene Frist hindurch warten, der Beklagte *muss* es, wenn er zu der Behauptung be-

---

[1]) Einen eigenthümlichen Versuch, eine Parteiabrede herbeizuführen, erkennt man aus § 76b der Pariser Handschrift (bei Bruns-Sachau a. a. O. S. 71); der Beklagte erscheint beim Kläger und holt ihn zum Gericht ab, der Kläger aber will nicht mit ihm gehen. Im Uebrigen ist dieser § 76b einer der unklarsten.

[2]) l. 9 § 4 D. de off. proc. 1, 16.

[3]) l. 2 C. Th. de temp. cursu 2, 6.

[4]) Diese vier Monate werden in Syrer § 76 wiederholentlich *προθεσμία* genannt; allein diese Bezeichnung kommt auch in Syrer § 75 für andere Fristen z. B. als *διαπόντιος* von neun Monaten vor; überhaupt bedeutet *προθεσμία* Fristen aller Art; vgl. Bruns a. a. O. S. 237. 242.

rechtigt sein soll, dass die Klage hinfällig geworden sei, weil der Kläger sie nicht rechtzeitig bei dem Richter begründet habe. Im Uebrigen belehrt uns das Rechtsbuch nur sehr wenig über den Zweck der viermonatlichen Frist. Im Allgemeinen heisst es, dass dann der Process stattfinden solle (Syrer § 75), dass während dieser Frist der Process vor den Richter kommen solle; sodann, dass, wenn dies nicht geschah, der Kläger durch seine List den Process hinfällig gemacht habe (Syrer § 76, Araber § 46). Daraus geht klar hervor, dass der Kläger die Sache vor den Richter bringen müsse[1]; in welcher Weise, darüber erfahren wir nichts, und wir müssen es aus den früheren Erörterungen über den Excusationsprocess (§ 4) und über den Process des Theodosischen Codex (§ 18) ergänzen. — Darüber ist kein Zweifel, dass die viermonatliche Frist von der Vollziehung der Denuntiation an und zwar der denunt. suo nomine gerechnet wird (Syrer §§ 75. 76).

Der fruchtlose Ablauf der viermonatlichen Frist hat zur Folge, dass „der Process hinfällig wird", ein Urtheil scheint nicht ausgesprochen zu sein, auch nicht ein solches, wodurch der Beklagte von der Instanz freigesprochen wurde. Denn das ist die nunmehr eintretende Folge; das Hinfälligwerden des Processes bedeutet nicht Rechtsverlust, vielmehr kann der Kläger „von Neuem den Richter angehen und wiederum seinen Gegner in's Gericht ziehen" (Syrer § 76, ähnlich Araber § 46), er bedarf hierzu keiner reparatio temporum, sondern es steht ihm dies ipso iure zu; es ist dies offenbar eine Einwirkung der oben S. 152 f. besprochenen

[1]) Vgl. auch die Frage in Araber § 46: „wenn der Termin vorüber ist, ohne dass er vor ihm (d. h. der Kläger vor dem Richter) erschienen ist.

Bestimmung der Novelle Valentinians. Dem Kläger läuft alsdann eine neue viermonatliche Frist; diese ist aber die letzte; wenn auch sie fruchtlos verläuft, dann hat er seinen Process, sein Recht verloren, und er hat keinen Anspruch mehr an seinen Gegner (Syrer § 76, Araber § 46). Auch hier lässt uns das Rechtsbuch im Unklaren darüber, ob der Processverlust durch Urtheil ausgesprochen wird.

Nach dem Schlusssatz von Syrer § 76 gelten die beiden viermonatlichen Fristen nicht allgemein, sondern nur für die *δίκαι* mit *προθεσμία;* es wird dies klarer durch unsere Erörterung in § 19 über die Sachen, bei denen die Kaiser den Denuntiationsprocess abgeschafft hatten.

Viel Worte macht das Rechtsbuch über die Frist von drei, sechs, neun Monaten, aber es entbehrt hierbei mehrfach an der erforderlichen Genauigkeit. Wir kennen diese Frist aus dem oben auf S. 138. 140 erörterten Diocletianischen Gesetz (l. 1 C. de dilat. 3, 11); sie gilt für beide Theile und wird durch Dilation erlangt. Unser Rechtsbuch spricht nun zuerst so, als wenn die Frist beiden Parteien zugänglich wäre, hierauf aber (bei Bestimmung, wann drei, wann sechs, wann neun Monate gegeben werden) wird die Entscheidung auf die Person des Beklagten allein gestellt, und dabei wird noch der Irrthum begangen, dass der Wohnsitz des Beklagten massgebend sein soll, während doch nach dem Zweck der Frist (Herbeischaffung von Beweismitteln) es vielmehr darauf ankommt, wo die Beweismittel sich befinden; letzteres besagt denn auch das Diocletianische Gesetz. Ferner bestimmt das Rechtsbuch, dass die Frist vom Richter gegeben wird, dass sie also nicht ipso iure statt hat, sondern zu erbitten ist; dass sie aber eine Dilation der viermonatlichen Frist ist, wird mit keinem Wort angedeutet. Endlich

fasst das Rechtsbuch die drei, sechs, neun Monate als feste unveränderliche Fristen auf, es weiss nichts davon, dass sie die Bedeutung eines Maximum haben, innerhalb dessen das richterliche Ermessen freien Spielraum geniessen soll. Ich sehe hierin nicht einen Irrthum, sondern ein Zeugniss über die Art und Weise, in welcher die damalige Praxis das Diocletianische Gesetz anwendete.

Was aber auch das Rechtsbuch an Irrthümern enthält und an Unklarheiten übrig lässt; nirgends steht es im Widerspruch mit den hauptsächlichsten Ergebnissen, welche wir aus älteren Quellen, namentlich aus dem Theodosischen Codex gezogen haben. Ueberdies hat es die Controverse über die vier- (resp. sechs-) monatliche Frist endgiltig abgeschnitten; es ist die einzige Quelle, welche die Denuntiation und die viermonatliche Frist *unmittelbar*[1]) als zu einander gehörig bezeichnet. Es giebt uns ferner darüber Aufschluss, welcher Rechtszustand eintrat, nachdem die reparatio temporum in der Valentianischen Novelle aufgehoben war.

Zum Schluss bemerke ich noch, dass im § 118 des Londoner Syrischen Textes nicht die Privatladung, sondern die richterliche vorgeschrieben zu sein scheint; ich werde darauf in langer Auseinandersetzung in § 23 zurückkommen.

---

[1]) Auf dieses „unmittelbar“ lege ich grosses Gewicht; denn meines Erachtens können wir, auch ganz abgesehen von dem Rechtsbuch aus dem Theodosischen Codex, auf die Verbindung der Denuntiation mit der vier- (resp. sechs-) monatlichen Frist mit voller Sicherheit schliessen.

VI. Die Aufhebung des Denuntiationsprocesses.

1. § 22. Die richterliche Ladung und die Ladungsexsecutoren.

Als die dem contradictorischen Denuntiationsprocess eigenthümlichen Grundsätze habe ich oben in § 5 folgende vier entwickelt:

1. Die Ladung in der Weise der Denuntiation und der gleichzeitige Act bei Gericht;

2. die von der Denuntiation an laufenden Beweisfristen;

3. die Bestimmung des ersten Verhandlungstermins nicht auf einen Kalendertag, sondern auf die nächste sessio de plano (bei Entferntwohnenden mit Dazwischenschiebung der Reisezeit);

4. der Ausschluss der Geschworenen.

Von diesen Grundsätzen ist in Justinianischer Zeit der letzte selbstverständlich, da das Geschworeneninstitut überhaupt nicht mehr existirt. Hiernach bleibt nur das Schicksal der übrigen drei Grundsätze zu untersuchen übrig. Meines Erachtens ist im Justinianischen Process der dritte Grundsatz geblieben, dahingegen der erste und zweite beseitigt, und da diese beiden dem Denuntiationsprocess sein Gepräge aufdrücken, so kann

man sagen, dass in Justinianischer Zeit der contradictorische Denuntiationsprocess nicht mehr existire. Ich betone: der Denuntiationsprocess existirt nicht mehr im sechsten Jahrhundert; in der bisherigen Literatur ist die Frage stets falsch gestellt worden; man stritt darüber, ob die Denuntiation noch zu dieser Zeit gelte; die herrschende Meinung verneinte es, Wieding bejahte es; dass aber neben der Denuntiation noch andere Processgrundsätze in Frage kommen, davon wusste man auf beiden Seiten nichts; das Wort „Denuntiationsprocess" war erst von Bruns gebildet worden. Mit der richtigen Fragestellung hat das Thema einen viel grösseren Umfang erhalten. Ich werde zunächst untersuchen, ob die Denuntiation im Justinianischen Process noch existirt.

Dabei erinnere ich an den Begriff der Denuntiation. Dieselbe ist ein Privatact des Klägers; sie ist dies auch als denunt. ex auctoritate, denn auch bei dieser wird die Denuntiation vom Kläger ausgerichtet; er handelt nur ex auctoritate praetoris d. h. mit Genehmigung des Magistrats. Sie ist auch in der von Constantin angeordneten Form Privatact geblieben, denn auch nach Constantins Verordnung richtet der Kläger die Denuntiation aus, der Sulbalternbeamte ist sein Begleiter, sein Gehilfe, dessen Aussage ihm ein öffentliches Zeugniss über den Denuntiationsact verschafft. Den Gegensatz der Denuntiation sowohl in der vorconstantinischen als in der constantinischen Form bildet die richterliche Ladung; sie ist der öffentliche Act eines Subalternbeamten, der vom Magistrat den Auftrag dazu erhalten hat; der Kläger ist dabei garnicht betheiligt, ausser dass er beim Magistrat den Antrag den Beklagten zu laden stellt.

Es ist nun oben S. 160 ff. ausgeführt worden, dass im Theodosischen Codex von der richterlichen Ladung höchstens einige Spuren vorkommen. Aber auch in

dem Justinianischen Codex ist für die Zeit bis Theodos. II. von richterlicher Ladung in Civilsachen nicht die Rede.

Diese Behauptung wird Widerspruch finden im Hinblick auf l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 von Constantin, worin die laudatio auctoris eingeführt ist und (wenigstens nach der bisherigen Lehre der Processualisten) die richterliche Adcitation des Laudirten angeordnet sein soll. Zwar hat schon Wieding [1]) hiergegen Einspruch erhoben, aber ich kann seiner Ausführung nur zum geringen Theil beistimmen.

Im ersten Satz verpflichtet Constantin den alterius nomine quolibet modo possidens [2]) eines Grundstücks, den Dominus zu benennen, damit derselbe certo dierum spatio a iudice definiendo eoque ad notionem eius perducendo im Forum der belegenen Sache sich in den Process einlasse. Mit Recht interpretirt Wieding diese Worte bloss dahin, dass der Richter die Frist für das Erscheinen des Nominirten festsetze, und dass diese Frist zur Kenntniss des Nominirten gebracht werden solle; keineswegs aber besagen sie, dass der Richter sie dem Nominirten mittheilen solle; vielmehr schweigt das Gesetz über die Form der Bekanntmachung, und wir müssen daher annehmen, dass sie auf dem regelmässigen Wege der damaligen Zeit, d. h. auf dem Wege der Denuntiation erfolgte.

Im zweiten Satz befiehlt Constantin, dass, wenn der Nominirte sich behufs Einlassung auf den Process

---

[1]) Libellpr. § 29.

[2]) Hierunter versteht die gemeine Meinung jeden Detentor, Wieding aber (mit Rücksicht auf l. 1 C. si per vim 8, 5) nur den Detentor in fremdem Interesse, also nicht den Pächter, sondern bloss den Verwalter. Wetzell ist ihm beigetreten (Civilpr. § 7 N. 40 der 3. Aufl.). Die Streitfrage kann hier bei Seite gelassen werden, da sie für unsere Materie unerheblich ist.

nicht melde, iudex utpote domino possessionis nec post huiusmodi humanitatem sui praesentiam faciente *edictis legitimis proponendis eum citare curabit,* und wenn dann der Nominirte halsstarrig bleibe, so solle der Richter nach summaricher Untersuchung den Kläger in den Besitz setzen. Nach der herrschenden Meinung bedeuten die cursiv gedruckten Worte, es solle der Richter, falls der Nominirte die ihm gesetzte Frist versäume, denselben durch die drei üblichen Ladungen zum Erscheinen auffordern (also durch richterliche Ladung!) und im Fall ihrer Fruchtlosigkeit das bei Realklagen übliche Contumacialurtheil (nämlich die Mission des Klägers) aussprechen.[1]) Ganz anders Wieding. Er behauptet, die drei üblichen Ladungen seien bereits an den Nominanten ergangen, und gleichzeitig erfolge die Ladung des Nominirten; „der Dominus soll, wenn er auch die ausserordentlicher Weise ihm vom Richter bewilligte Frist noch versäumt, nach Vorlage der Edicte im Gerichte aufgerufen und die Missio, wenn er beim Aufruf nicht erscheine, nicht länger aufgeschoben werden.[2])“ Diese Interpretation scheitert an dem Worte proponendis; in Wieding'scher Auffassung hätte der Kaiser propositis schreiben müssen. Sie scheitert ferner daran, dass der Kaiser davon ausgeht, dass der Nominant sofort im Gericht erschienen ist; mithin sind die drei Ladungen des Nominanten völlig überflüssig. Sie scheitert endlich daran, dass, wenngleich man mit citare oft den Aufruf Seitens des Präco bezeichnet, doch in einem Gesetze, wo der Aufruf als etwas völlig Nebensächliches erscheint, ihm diese Bedeutung nimmermehr innewohnen kann; vielmehr kann es in einem

---

[1]) Hierüber vgl. Hartmann, Contumacialverf. S. 175 ff.

[2]) Libellpr. S. 640. 641.

Gesetze, welches von der Contumacia handelt, nur die Ladung des Ungehorsamen bedeuten.

Ich bleibe deshalb bei der herrschenden Meinung, welche unter den Worten edictis legitimis proponendis eum citare curabit die Ladung des Nominirten nach fruchtlosem Ablauf der ihm gesetzten Frist versteht. Gleichzeitig behaupte ich aber, dass in diesen Worten nicht die richterliche Ladung, sondern das gerade Gegentheil, die Privatladung, enthalten ist; *denn der Antheil (die cura), welchen der Richter an dem citare hat, besteht bloss in dem proponere edicta, d. h. er giebt die auctoritas zu der Ladung;* kein Wort deutet an, dass er für die Zustellung seines Decrets Sorge trägt; im Gegentheil, da seine ganze Thätigkeit auf die Ertheilung der Auctoritas sich beschränkt, so folgt hieraus mit Nothwendigkeit, dass die Zustellung des Decrets anderen Personen obliegt, m. a. W., dass sie durch Privatladung, durch Denuntiation geschieht.

Sonach halte ich den Satz aufrecht, dass auch im Justinianischen Codex aus der Zeit bis etwa 450 kein Zeugniss für die richterliche Ladung in Civilsachen existirt.

Aber bald nach Theodosius II. beginnt die Erwähnung der richterlichen Ladung; in der Novelle Valentinians III. von 452 wird sie nämlich am Schluss des § 1 *beiläufig* erwähnt:

> *Si ab exsecutore conventi* parere detrectent, servato iuris ordine sententia teneat contumaces [1]).

Gleichzeitig beginnen die Gesetze, welche uns darüber belehren, dass die Ladung grundsätzlich durch den Exsecutor

---

[1]) Diese Stelle bezieht sich auf Civil- und Criminalsachen. Der Zusammenhang ist folgender: Im Principium wird die bischöfliche Gerichtsbarkeit nur bei Zustimmung beider Theile anerkannt; im § 1 wird dies für die Bischöfe selbst wiederholt.

erfolge. Es sind dies die Gesetze, welche von Sporteln [1]) und von der cautio iudicio sisti handeln; ihr Inhalt ist in der Regel ein dreifacher: der Exsecutor besorgt die Ladung, der Exsecutor empfängt die cautio iudicio sisti, der Exsecutor erhält die durch das Gesetz bestimmten Sporteln. Diese Gesetze beginnen schon unter Marcian, dem Nachfolger von Theodosius II., und sie wiederholen sich unter allen folgenden Kaisern bis zu Justinian. Es genügt, wenn ich das älteste dieser Gesetze, welches uns erhalten ist, hersetze und die übrigen in der Note [2]) angebe:

> l. 25 §§ 1. 2 C. J. de episc. 1, 3: (§ 1) Memorati autem reverentissimi clerici orthodoxarum ecclesiarum, quae sub viro religioso antistite huius inclitae urbis sunt, in causa, in qua vel ipsi vel procuratores, quos pro se dederint, sententiarum auctoritate pulsantur, *exsecutoribus per quos coeperint conveniri* fideiussorem sacratissimae huius urbis ecclesiae oeconomum vel defensorem praebeant, qui usque ad quinquaginta libras auri fideiussor existat . . . . Quod si lis diversorum clericorum, quae agitanda sit, memoratam sum-

hierauf wird den Bischöfen das Privileg gegeben, in gewissen Criminalprocessen einen Procurator zu bestellen und dann wird der frühere Zusammenhang wieder aufgenommen und mit den im Text citirten Worten geschlossen.

[1]) Der Theodosische Codex schweigt gänzlich von Sporteln, und daher meinte Bethmann-Hollweg (Civilpr. Bd. 3 S. 260), dass die Officia lediglich auf ihre öffentliche Besoldung angewiesen waren; das ist im Hinblick auf die Inscription von Thamuga nicht mehr haltbar; s. darüber § 26.

[2]) l. 32 § 5 C. J. de episc. l. 3 (Leo et Anthem. ao. 472); l. 4 C. J. de castrens. 12, 25 (Leo et Zeno ao. 474); l. 8 C. J. de princ. agent. in reb. 12, 21 (Zeno ao. 484); l. 3 C. J. de privil. schol. 12, 29 (Zeno); l. 12 C. J. de prox. sacr. 12, 19 (Anastas.); l. 6 C. J. de agent. in reb. 12. 20 (Anast.); l. 4. l. 5 C. J. de sport. 3, 2 (Justin. ao. 530).

mam videtur excedere, *clericus lite pulsatus det exsecutori pro residua quantitate cautionem suam* . . . . (§ 2) Statuimus autem, ut *exsecutoribus* idem reverentissimus oeconomus vel alii diversi clerici sub beatissimo archiepiscopo huius splendidissimae civitatis *sententiarum tuarum auctoritate commoniti solidos duos tantummodo dent pro commonitione sua* et pro institutione procuratoris, si per eum voluerint litigare (Marcianus ao. 456?)

Man sieht: der Exsecutor besorgt die Ladung (*per quos* coeperint conveniri)[1]), empfängt die Bürgen, erhält die Sporteln, die Ladung wird als commonitio sua (scil. exsecutoris) bezeichnet; von einer Mitwirkung des Klägers ist mit keinem Worte die Rede. Daher begreift man denn, dass es in l. 12 C. J. de prox. sacr. 12, 19 einmal heisst:

. . . . exsecutores quibus imminendi litibus sollicitudo iniuncta est . . . .

Das heisst: es giebt Exsecutoren, deren ganze Amtsthätigkeit in der Behändigung besteht[2]). Denn das ist klar, dass die Uebernahme der Ladungen seitens des Staats die Organisation eines geeigneten Beamtencorps nothwendig machte. Bei der Privatladung in der con-

---

[1]) Ebenso die oben S. 118 besprochene Interpolation in l. 3 § 1 C. J. de praescr. XXX ann. 7, 39: conventio *per* exsecutorem.

[2]) Justinian im § 25 I. de act. 4, 6 nennt sie exsecutores litium. Eine höhere Stellung weist ihnen Heffter, Civilpr. § 309 an; unter Berufung auf l. 13 § 2. l. 15. l. 18 C. J. de iud. 3, 1 (sämmtlich von Justinian) hält er den executor negotii mit der formellen Leitung der Sache beauftragt; ich kann höchstens zugeben, dass zu Justinians Zeit alle Ladungen (der Parteien, der Zeugen) in einem bestimmten Processe demselben Executor überwiesen wurden. Dass negotium Process bedeutet, darüber s. oben S. 27 ff.

stantinischen Form ist der Official lediglich Zeuge, also Mitwirkender; der eigentliche Act geht vom Kläger aus, der Kläger also hat danach zu sehen, dass er die Ladung an die rechte Person vornehme, er hat selbst zu prüfen, ob die cautio iudicio sisti in rechter Weise bestellt ist. Bei der Officialladung muss der Exsecutor diese Dinge prüfen[1]), und es ist selbstverständlich, dass es eines ein für alle Mal hiezu bestimmten Beamtencorps bedurfte.

Daher werden auch die Missbräuche bei der Ladung den Exsecutoren zur Last gelegt, und ihnen die Strafen angedroht. So sprechen Leo und Anthemius davon, dass die Exsecutoren das Privilegium der Geistlichen, ihre Defensoren als Bürgen zu stellen, nicht anerkennen, und dass exsecutoris pertinax et avara protervitas extraneos fideiussores flagitat[2]). So erzählt Justinian in Nov. 53 c. 3 pr., dass die Exsecutoren einen Schwindel sich ausdenken (*τῶν πρακτόρων τὰ τοιαῦτα δολερῶς ἐξευρισκόντων*); sie händigen nämlich zwar die Ladung dem Beklagten ein, übergeben ihm aber keinen Klaglibell, auch nicht die klägerische cautio pro expensis, endlich schleppen sie ihn sofort vor den Richter, ohne dass sie ihm die Zeit zur Bestellung der cautio iudicio sisti gewähren. Auch in Nov. 112 c. 2 spricht Justinian von den *δόλοι τῶν ἐκβιβαστῶν* (fraudes exsecutorum) bei der Ladung.

Nach so viel Zeugnissen, welche deutlich beweisen, dass entweder unter Theodosius II. oder unter Valentinian III. oder unter Marcian, dem Nachfolger von

---

[1]) Man lese z. B. l. 4 §§ 4. 5 C. J. de sport. 3, 2 (lex restit.), in welchem der Fall behandelt wird, dass der Exsecutor die Tüchtigkeit des Bürgen bezweifelt; dann soll der Bischof und der defensor civitatis darüber entscheiden.

[2]) l. 32 § 2 C. J. de episc. 1, 3 a. d. J. 472.

Theodosius II. die richterliche Ladung eingeführt und das Institut der Ladungsexsecutoren organisirt worden ist, verschmähe ich es nicht, zuletzt mich auf eine an sich leicht zu verdächtigende [1]) Quelle zu berufen, welche ich, wenn sie allein stände, nicht brauchen würde. Es ist das edictum Theodorici [2]), welches im cap. 73 verordnet:

> auctoritates quorumlibet iudicum vel praecepta cuiuslibet sedis ac potestatis sola publica servata civilitate exequantur officia, et conventum sufficiat promittere, se ad iudicium esse venturum, nihil ultra praesumat apparitor.

Also: alle Ladungen erfolgen allein (sola) durch die publica officia, der Exsecutor nimmt von dem Beklagten die cautio iudicio sisti entgegen. Eine solch bestimmte Formulirung der Officialladung ist uns allerdings in keiner Römischen Rechtsquelle begegnet; wenn aber Jemand meinen sollte, dass dieselbe auf Germanische Rechtsideen zurückzuführen sei, so ist darauf zu erwidern, dass nach den ältesten Germanischen Rechten die Ladung wiederum ein Privatact ist, erst unter Carl dem Grossen kommt die richterliche Ladung auf[3]). Kann man hiernach einen Zweifel daran hegen, dass

---

[1]) Vgl. Dahn, Könige der Germanen; 4. Abth., besonders S. 1—4. 13 f., 102 ff.

[2]) Uebrigens hat auch die Westgothische Interpretatio die richterliche Ladung; aber ihr Wortausdruck ist nicht von der Bestimmtheit des edict. Theodor.; vgl. die Interpretatio zu l. 1 C. Th. de denunt. 2, 4: . . . . ex quo tutor sive curator minoris *per iudicem* aut per curiam intulerit seu exceperit actionem; ferner zu l. 4 eod.: posteaquam per scripturam lis fuerit contestata et *per publicam conventionem* . . . .

[3]) Eichhorn, Deutsche Rechtsgesch. § 76; Schulte, Deutsche Reichs- und Rechtsgesch. § 126; Walter, Deutsche Rechtsgesch. § 676.

Theodorich das Exsecutoreninstitut nicht gegründet, sondern es von den Römern übernommen habe? Man vergesse nicht, dass es sich um Italien handelt, ein hochcivilisirtes Land mit unzähligen Processen, für welche es nicht genügte, hier und da einen Richter mit einem Büttel anzustellen. Auch dauern ja unter Theodorich die ganzen Einrichtungen des Römischen Staats in Italien fort[1]). Sonach bestätigt das Edict Theodorichs, dass schon im Beginn des sechsten Jahrhunderts, also vor Abfassung der Justinianischen Compilation die richterliche Ladung Römischen Rechtens war.

Damit ist gezeigt, dass das erste Stück des Denuntiationsprozesses (nämlich die Denuntiation) durch ein Gesetz Marcians oder Valentinians III. aus den fünfziger Jahren, vielleicht sogar durch ein Gesetz von Theodosius II. aus den vierziger Jahren des 5. Jahrhunderts, also *nach* Publication des Theodosischen Codex beseitigt worden ist.

Gegenüber der Sicherheit und der Leichtigkeit, mit welcher wir zu diesem Ergebniss gelangt sind, ist der Stand der Frage in der Literatur befremdend. Zwei Ansichten stehen sich gegenüber: die herrschende Meinung und die Ansicht von Wieding.

Nach der herrschenden Meinung ist die Aufhebung der Denuntiation in tiefes Dunkel gehüllt[2]); sie sei aufgehoben worden vielleicht vor Justinian, vielleicht durch Justinian, jedenfalls (das ist bei allen Schriftstellern der Schlusssatz) sei in der Justinianischen Compilation von ihr nicht die Rede; Bethmann-Hollweg hält es auch für möglich, dass sie (durch Gewohnheits-

---

[1]) Dahn, Könige der Germanen; 3. Abth. S. 254.

[2]) Bethmann - Hollweg, Handbuch S. 252, Civilpr. Bd. 3 S. 240; Zimmern, Civilpr. S. 438; Heffter, Civilpr. § 309; Mühlenbruch, Cession § 8 a. E. (3. Aufl. S. 83).

recht) ausser Gebrauch gekommen sei. Das letztere ist geradezu undenkbar; denn ich kann nur wiederholen, dass ohne Organisation der Ladungsexsecutoren die richterliche Ladung völlig unausführbar war; die richterliche Ladung konnte nur durch ein Gesetz eingeführt werden.

Aber — so höre ich einwenden — wo ist das Gesetz? Warum hat es nicht in dem edictum Theodorici und in dem Justinianischen Codex Aufnahme gefunden? Darauf ist die Antwort leicht zu geben. Die Gesetze über die Exsecutoren regeln, wie ich schon oben S. 163 ff. 190 f. bemerkte, nicht bloss die Ladung, sondern auch ihre Sporteln und ihre Befugniss zur Entgegennahme der cautio iudicio sisti. Nun hat Justinian eine neue Sportelordnung erlassen (welche freilich verloren gegangen ist[1]); damit war jenes ältere Gesetz des Theodosius, Marcians oder Valentinians III. weggefallen, und es konnte nicht in den Justinianischen Codex aufgenommen werden. Eben deshalb wissen wir aus der vorjustinianischen Zeit nicht die *gemeinen* Sporteln[2]), nicht die *gemeine* Ladung durch Exsecutoren, sondern nur die *besonderen* von privilegirten Personen zu entrichtenden Sporteln und die Ladung jener *privilegirten* Personen durch Exsecutoren[3]).

Geradezu räthselhaft erscheint mir die Ansicht Wiedings, und so wenig ich sonst die schroffe Ablehnung billige, welche sein Werk Seitens Bethmann-Hollwegs erfahren hat, so glaube ich, dass sie in der vorliegenden Frage gerechtfertigt war. Der Conservatismus Wiedings hat ihn auf einen falschen Weg ge-

---

[1]) S. darüber Bethmann-Hollweg Civilpr. § 148 N. 32.

[2]) Das sagt schon Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 3 S. 200.

[3]) Alle oben S. 190 N. 2 citirten vorjustinianischen Gesetze beziehen sich nur auf privilegirte Personen.

führt; weil er in den Quellen kein Gesetz fand, welches die Aufhebung der Denuntiation ganz allgemein aussprach, so stellte er die Behauptung auf, dass sie im Justinianischen Process noch in voller Geltung stehe.

Bezüglich des edictum Theodorici giebt er zu, dass es die Behändigung der Ladung durch den Exsecutor allein anordne, allein er verdächtigt es als eine „barbarische Quelle“ [1]). Erscheint nun schon dieser Angriff an sich auffallend (— denn Wieding scheut sich sonst nicht, auf andere barbarische Quellen zu recurriren: die Westgothische Interpretatio, die lex Romana Burgundionum, ja das edictum Theodorici selbst —), so musste er doch wenigstens daran Anstoss nehmen, dass gerade bei den Barbaren der damaligen Zeit die Privatladung in Geltung war [2]). Woher entnahm denn Theodorich die richterliche Ladung, es sei denn aus dem Römischen Recht?

Bezüglich der Justinianischen Compilation und der Novellen behauptet Wieding, dass der Exsecutor ganz dieselbe Stellung einnahm, wie sie aus der Constantinischen Constitution (l. 2 C. Th. de denunt. 2, 4) sich ergebe; er sei Gehilfe des Klägers, sein Zeuge, während der Ladungsact selbst vom Kläger vollzogen werde. Hiegegen beabsichtige ich an dieser Stelle nicht zu polemisiren; denn wenn der Leser nicht bereits durch meine bisherigen Ausführungen von der Unrichtigkeit dieser Ansicht überzeugt ist, wenn der Leser nicht davon überzeugt ist, dass in den Gesetzen nach Publication des Theodosischen Codex der Exsecutor eine ganz andere Rolle spielt, als in den Digesten und im Theodosischen Codex, wenn der Leser nicht mit mir meint, dass die früheren Rechtsquellen den Exsecutor

[1]) Libellpr. S. 519.

[2]) S. oben S. 193 N. 3.

fast ganz übergehen, die Gesetze nach Publication des Theodosischen Codex hingegen ihn an unzähligen Stellen behandeln, seine Rechte, seine Thätigkeit so häufig normiren, dass er als eines der wichtigsten Objecte der damaligen Gesetzgebung erscheint; ich sage, wenn ich dies nicht schon bisher erreicht habe, so würde eine Polemik an dieser Stelle es gleichfalls nicht erreichen, da ich ja doch nur bereits Gesagtes wiederholen könnte.

Bloss auf drei bisher noch nicht zur Sprache gebrachte Argumente gehe ich ein.

Das erste betrifft die zahlreichen Interpolationen, welche die Compilatoren vorgenommen haben, um die Denuntiation in den Justinianischen Codex nicht aufzunehmen. Die eine ist bereits in § 14 (oben S. 118) behandelt worden; während Theodosius die Unterbrechung der Klagverjährung an den Moment knüpft, wo allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita fuerit subsecuta conventio, haben die Compilatoren vor conventio die Worte per exsecutorem eingeschoben. Dazu treten noch folgende:

In l. un. C. Th. de dolo malo 2, 15 heisst es:

> . . . . ita ut si forte is, contra quem res agitur, longius ullo genere discesserit, nec *denuntiandi necessitate petitor oneretur*, nec eius qui aberit praesentia postuletur.

Hingegen heisst es in der entsprechenden l. 8 C. J. de dolo malo 2, 19 mit Verkehrung des Sinnes:

> . . . . sive afuerit sive praesto est is, qui dolum se passum esse conqueratur.

In l. 6 C. Th. de denunt. 2, 4 heisst es:

> Si quis . . . quodlibet interdictum efflagitet . . . *ruptis denuntiationum ambagibus* inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere.

Hingegen heisst es in der entsprechenden l. 4 C. J. de interd. 8, 1.

Si quis quodlibet interdictum efflagitet, *ruptis veteribus ambagibus* inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere.

Am bezeichnendsten aber ist der Umstand, dass ganze Constitutionen des Theodosischen Codex im Justinianischen sich nicht vorfinden; ausgelassen ist namentlich die Constantinische Verordnung über die Form der Denuntiation (l. 2 C. Th. de den. 2, 4), ausgelassen sind ferner die Gesetze über die nach dem Theodosischen Codex von der Denuntiation ausgenommenen Sachen (l. 3 l. 5—l. 7 C. Th. de den. 2, 4[1]); ausgelassen ist das Gesetz, welches die celebrata denuntiatio als exordium litis bezeichnet (l. 4 C. Th. de den. 2, 4).

Aber, wendet Wieding ein, und das ist das zweite von mir zu behandelnde Argument, es ist ja in den Digesten so häufig von Denuntiation, auch von litis denuntiatio und in den Novellen von der *προςαγγελία* die Rede, dass dieser Begriff nicht untergegangen sein kann. Trennen wir die Digesten von den Novellen. In den Digesten gilt für die litisdenuntiatio die duplex interpretatio; die Compilatoren haben das Wort stehen lassen, aber sie haben darunter etwas anderes als die classischen Juristen verstanden; sie verstanden darunter ihre richterliche Ladung, und diese Bedeutung liegt nicht weit ab, da ja auch durch die richterliche Ladung dem Beklagten ein Process angekündigt wird. Was aber die Novellen betrifft, so liegt das Unrecht Wiedings klar zu Tage; allerdings ist dort unzählige Mal von *προςαγγέλλειν* die Rede, immer aber unter solchen Zu-

---

[1]) Von l. 6 h. t. ist ein Stück die oben als interpolirt bezeichnete l. 4 C. J. de int. 8, 1.

sätzen, dass daraus nie ein Privatact des Klägers an den Beklagten resultirt, sondern ein Act des Klägers an die Behörde, eine Mittheilung des Klägers an den Richter [1]). Ich setze zu diesem Zwecke dieselben Novellen her, die Wieding zum Zweck seiner Beweisführung in der lateinischen Uebersetzung hat abdrucken lassen [2]):

> Nov. 26 c. 3 § 1. Lites autem sive de pecunia sive de crimine decidere oportet, ne quidam inde excurrentes potentiae nostrae molesti sint. Nolumus enim subditos nostros relicta provincia huc accurrere, a provinciae iudicibus contemtos. Nam si posthac inde venientes nobis molestiam exhibeant, interrogabimus omnino advenientes, num ista *ad magistratus detulerint* (Hombergk: haec denuntiaverint, Graece: *ταῦτα προςαγγείλαντες ἔτυχον*), et si quidem discamus, illos haec non denuntiasse (*προςαγγεῖλαι*), graviter increpatos in provinciam remittemus, sin vero *ad eum quidem detulerint* (*προςήγγειλαν*), at qui imperium habet aut negligens fuerit aut ex alia quadam non honesta causa leges insuper habuerit, tunc in eum omnem iram vertemus.

Wieding ist zufrieden, wenn er in einem Justinianischen Gesetz das griechische Wort für denuntiare, *προς-αγγέλλειν* findet; er übersieht, dass es keineswegs im Sinne des Denuntiationsprocesses (Mittheilung an den *Gegner*) gebraucht ist, vielmehr bedeutet es in der citirten Novelle fortwährend die Mittheilung an den *Magistrat;* diesem ist der Libell zu überreichen, dieser

---

[1]) Man lese z. B. Nov. 53 c. 4, wo das *προςαγγέλλειν* unzweifelhaft eine Mittheilung an den Richter bedeutet (der Beklagte ist flüchtig).

[2]) Libellpr. S. 262.

hat hierauf die Ladung anzuordnen, kurz das gerade Gegentheil der bisherigen Denuntiation!

Nov. 69 c. 1 § 1: Sive enim magna sint delicta vel contractus, omnimodo eorum delatio et accusatio (*προςαγγελίαν καὶ γραφὴν*) et examinatio in provincia facienda est . . . .

Nov. 86 c. 1: . . . . si quis vel de pecuniaria causa . . . . sive etiam de criminibus litem cum aliquo habeat, prius clarissimum provinciae praesidem adeat, ut ille secundum leges nostras, quae denuntiantur (*τὰ προςαγγελλόμενα*) examinet et ius suum cuique servet.

Es ist kein Zweifel, dass auch hier die *προςαγγελία* seitens des Klägers an den praeses provinciae und nicht an den Gegner erfolgen soll.

Nov. 99 c. 1 § 2: Si vero magistratus non sit qui causam cognoscit sed alius quidam, facultatem damus vel hic competenti iudici interpellato (*προςέλευσιν δεχομένῳ*) vel in provinciis clarissimo praesidi aut competenti iudici his denuntiatis (*τούτων προςαγγελλομένων*) per officium suum et illos cogendi, ut causae intersint et pars eius fiant.

Hier ist nicht bloss die *προςαγγελία* mit der *προςέλευσις* an den *Richter* auf eine Linie gestellt, sondern es wird ausdrücklich die Ladung der übrigen Correi dem Bureau des Richters übertragen (*per* officium suum . . . .[1]).

---

[1]) Wieding a. a. O. S. 636 übersetzt diese Worte: „bei Vornahme der Denuntiation bringt er seine Richtergewalt durch sein Officium in Anwendung." Aber wie denn? Ist denn die Mitwirkung der Behörde bei der Denuntiation ein Ausfluss ihrer Richterqualität, oder hat nicht vielmehr Constantin jeder Behörde, die das ius acta conficiendi hat, das Mitwirkungsrecht verliehen?

Das dritte Argument, das mir zum Schlusse zu behandeln bleibt, entnehme ich dem Syrisch-Römischen Rechtsbuch. Wir haben in § 21 gesehen, dass es noch vollständig den Denuntiationsprocess kennt; zwei seiner Grundsätze waren in dem Rechtsbuch vornehmlich anerkannt: die Privatladung und die erstreckbare viermonatliche Beweisfrist. Nun heisst es jedoch in diesem Rechtsbuch:

> (Syrischer Text der Londoner Handschrift[1]) § 118 Absatz 3): Auch dadurch ehrte er (d. h. der Kaiser Leo) ferner die *κληρικοί*, dass Niemand einen von ihnen wegen einer Schuld überantworten solle, sei es, dass er ihn wegen viel oder wegen wenig überantworten wolle. Er befahl, dass sie (d. h. die Cleriker) als sportula zahlen sollten einen halben Denar; wenn aber sie (d. h. nach Bruns die exsecutores) mehr forderten, so sollen sie das Doppelte als Strafe zahlen.

Hier scheint ein directes Zeugnis für die Wiedingsche Meinung vorzuliegen; auf der einen Seite die Privatladung, auf der anderen Seite die Bezahlung der Exsecutoren, also ihre Mitwirkung bei der Ladung. Ich könnte nun dagegen einwenden, dass nach dem entsprechenden arabischen Texte § 50[2]) nicht die Exsecutoren, welche gerichtliche Ladungen überbringen,

---

[1]) Bruns-Sachau a. a. O. S. 36.

[2]) Er lautet bei Bruns-Sachau S. 93: „Er ehrte die Geistlichkeit und die Mönche, und befahl, dass kein Steuereinnehmer sich an sie hängen solle an den übrigen Tagen, und dass sie nicht gefangen gesetzt werden sollen. Wenn aber einer sich erkühnt, diesen Befehl zu übertreten, so soll ihm seine Gebühr verweigert werden, d. i. ein halber Denar. Wenn er sich aber erkühnt, eine Gebühr von ihnen zu nehmen, so soll er zur Zahlung des Doppelten verpflichtet sein."

sondern Steuereinnehmer gemeint sind. Aber ich will lieber weiter ausholen, ich will nachweisen, dass der § 118 ein späterer Zusatz zu dem Rechtsbuche ist. Zu diesem Zwecke werde ich in einem (gleich folgenden) Excurse auf das Alter des Syrisch-Römischen Rechtsbuches eingehen und dabei insbesondere den Nachweis führen, dass die *älteste* Fassung des Syrisch-Römischen Rechtsbuches aus der Zeit *vor* Kaiser Leo (457—474) herrührt; aus dieser Zeit stammen die Bestimmungen des Rechtsbuchs über die Denuntiation und die viermonatliche Beweisfrist. Dahingegen ist jener § 118 Absatz 3, welcher der Sporteln im Anschluss an ein Leonisches Gesetz gedenkt, ein Zusatz aus der Zeit, wo bereits die conventio per exsecutorem eingeführt war. Wäre dieser Zusatz von einem Juristen ausgegangen, so hätte er zugleich die älteren Bestimmungen über *παραγγελία* aus dem Rechtsbuch entfernen müssen; dass er von keinem Juristen ausging, beweist seine Fassung; das Rechtsbuch ist in allen seinen Redactionen von Clerikern zusammengestellt worden, und über deren Rechtsunwissenheit und Ungeschicklichkeit hat sich bereits Bruns in seinem Commentar oft genug beklagt.

§ 23. Excurs über das Alter des Syrisch-Römischen Rechtsbuchs.

Bruns hat die Meinung aufgestellt[1]), dass das Syrisch-Römische Rechtsbuch aus der Regierungszeit des Zwischenkaisers Basiliskus (475—477) stamme; er begründet dies damit, dass das Rechtsbuch einerseits mehrere Gesetze Leos (457—474) enthalte und auf Gesetze von Basiliscus Rücksicht nehme, dass er aber andererseits von Gesetzen des Kaisers Zeno (474—491) nichts wisse.

[1]) a. a. O. S. 318. 319.

Ich halte das Rechtsbuch für älter. Die *späteren* Handschriften geben ihm den Titel: „Gesetze der Könige Constantin, Theodosius und Leo.“ Dieser Titel ist falsch, da das Rechtsbuch von jenen Kaisern nur wenige Gesetze erwähnt[1]). Der Titel fehlt denn auch in der ältesten Handschrift, welche wir besitzen, der in London, welche nach Sachau aus den Jahren 510—520 stammt[2]). Diese Londoner Handschrift hat als Ueberschrift die Worte: „Weltliche aus der römischen Sprache in die aramäische übersetzte Gesetze.“ Sie hat sodann zwei Unterschriften; die erste lautet:

> „Beendet sind die Gesetze und Befehle der siegreichen Könige.“

Die zweite lautet:

> „In diesem Bande ist zu Ende geschrieben das Verzeichniss der Lectionen aus den heiligen Briefen[3]) und die weltlichen Gesetze und Befehle, welche gegeben sind von Constantin, Theodosius und Leo, den gläubigen, siegreichen und gottliebenden Königen gesegneten Andenkens.“ . . . .

Allein der Name Leo ist radirt[4]). Die Rasur wird von dem Herausgeber des Catalogs der Syrischen Handschriften des Britischen Museums, W. Wright, darauf zurückgeführt, dass ein Leser der Handschrift den *Kaiser* Leo mit dem *Papste* Leo dem Bösewicht ver-

---

[1]) Auch ein Gesetz von Diocletian wird erwähnt, aber offenbar wollte der geistliche Verfasser der Ueberschrift das Andenken des Christenverfolgers nicht durch Zusammenstellung mit anderen Kaisern verherrlichen.

[2]) a. a. O. S. 154. 155.

[3]) Die Handschrift enthält nämlich nicht bloss das Syrisch-Römische Rechtsbuch, sondern auch ein sog. lectionarium, d. h. ein Verzeichniss der Pericopen.

[4]) S. Sachau a. a. O. S. 154 N. 1. Trotz der Rasur sind die ursprünglichen Schriftzüge leserlich.

wechselt habe[1]), und Sachau stimmt dieser Vermuthung bei[2]). Allein es will mir diese Verwechslung nicht glaublich erscheinen, da ja Leo unter den *Königen* genannt wird. Vielmehr möchte ich die Vermuthung aufstellen, dass die Rasur von einem Leser herrührt, welcher ältere aus der Zeit *vor* Kaiser Leo datirende Handschriften kannte.

Dazu tritt noch folgender Umstand. Die Handschriften des Syrischen Rechtsbuchs sind von verschiedenem Umfang, und es ist der Herausgeber Sachau zu dem Resultat gelangt, dass die Londoner Handschrift zwar die älteste, nicht aber die Urhandschrift und nicht die einzige Quelle der übrigen Handschriften ist, „es muss vielmehr zur Zeit, als die anderen (von Sachau herausgegebenen) Handschriften im 12. Jahrhundert abgefasst wurden, entweder noch eine grössere Sammlung von vorjustinianischen Rechtssätzen als die Londoner Handschrift, oder es muss neben der Londoner Handschrift noch andere Sammlungen gleichen Inhalts gegeben haben“[3]). Verfolgen wir diesen Gedanken noch etwas weiter. Unter den (von Sachau herausgegebenen) Handschriften ist für uns alsdann die Pariser Handschrift von grösstem Interesse; sie ist (nach den Untersuchungen Sachau's) eine Ueberarbeitung der Londoner; „sie schliesst sich eng, oft wörtlich an die Londoner an, und unterscheidet sich abgesehen von ihrer grösseren Kürze nur dadurch von letzterer, dass ein grosser Theil der Lateinischen und

---

[1]) Catalogue 1, 577 Note: As it would seem, purposely erased by some reader, who confounded the Emperor with the pope, usually styled (folgt ein Syrisches Wort, welches Leo der Bösewicht bedeutet) by the Monophysites.

[2]) Herr Prof. Sachau hatte die Güte, auf meine Anfrage mich über die Sache aufzuklären.

[3]) Sachau a. a. O. S. 165.

Griechischen Fremdwörter durch Syrische Wörter ersetzt worden ist." [1]) Was unter der von Sachau angedeuteten grösseren Kürze zu verstehen ist, das ergiebt die Vergleichung der Londoner und Pariser Handschrift bezüglich der Gesetze des Kaiser Leo; *alle die betreffenden Stellen der Londoner Handschrift (§§ 29, 92, 118) fehlen nämlich in der Pariser Handschrift entweder ganz (§ 118 L.)* [2]) *oder in demjenigen Absatz, in welchem die Londoner Handschrift des Leonischen Gesetzes gedenkt (L. § 29 vom zweiten Satze an — verglichen mit P. § 57 d, ferner L. § 92 fünfter Absatz verglichen mit P. 41 a).* Schon hieraus ergiebt sich, dass die Londoner wie die Pariser Handschrift aus einer gemeinsamen Urhandschrift geschöpft haben, dass aber die eine wie die andere später Zusätze erhalten haben; *diese gemeinsame Urhandschrift muss aus der Zeit vor Leo stammen.*

Dieses Resultat wird nicht erschüttert (wie man aus dem Commentar von Bruns Seite 297 entnehmen möchte) durch den in der Londoner Handschrift fehlenden § 46a der Pariser Handschrift. Dieser Paragraph lautet [3]):

> „Ueber die Verlobung.
> Wenn ein Mann sich mit einem Weibe verlobt, (indem sie ihm versprochen wird) von ihren Eltern, oder Verwandten, oder von irgend jemand, der dem Weibe nahe ist, und er giebt ihr als Arrha einen Ring oder einen anderen Goldschmuck, oder Denare, oder Geräthe, und darauf will aber der Verlobte das Weib nicht heirathen,

---

[1]) Sachau a. a. O. S. 159. 160.

[2]) Das heisst: es fehlt gerade derjenige Paragraph, auf welchen die Wiedingsche Meinung gestützt werden könnte.

[3]) Bruns-Sachau a. a. O. S. 61.

so verliert er seine Arrha und alles, was er ihr als seiner Verlobten dargebracht hat.

Wenn aber die Eltern des Mädchens die Verlobung rückgängig machen wollen, und sie ihrem Verlobten nicht übergeben, so geben sie die Arrha, das doppelte von dem, was sie am ersten Tage bekommen, und das übrige, was sie seit dem Tage als Geschenk des Mädchens von ihrem Verlobten empfangen, jede Sache, so wie sie ist, (d. h. einfach, nicht doppelt). Nur das, was sie am ersten Tage bekommen haben, wird doppelt zurückgegeben".

Zu diesem Paragraphen giebt Bruns a. a. O. S. 296. 297 einen Commentar, gegen welchen ich wichtige Einwendungen erheben muss.

Der gedachte § 46a soll nämlich (nach Bruns) zwei Gesetzen Constantins und Leos, l. 15 C. J. de don. ante nupt. 5, 3 und l. 5 C. J. de spons. 5, 1 entsprechen; er enthalte keine eigentliche Relation dieser beiden Gesetze, sondern gebe nur die Hauptpunkte an mit Weglassung der mehrfachen Unterscheidungen, die namentlich das Gesetz von Leo aufstellt; auch seien nur die Geschenke des Bräutigams an die Braut ins Auge gefasst, nicht wie im Gesetze Leo's auch umgekehrt die von ihr an ihn; aber aus dem Leonischen Gesetz stamme die Bestimmung über die doppelte Rückgabe der Arrha (denn bis zu Leo trat bei grundlosem Rücktritt vom Verlöbniss die poena quadrupli ein), und daher müsse das Rechtsbuch jünger sein als jenes Leonische aus dem Jahre 472 stammende Gesetz.

Halten wir fest, dass selbst Bruns in dem § 46a keine Relation des Leonischen Gesetzes findet; in der That enthält das Leonische Gesetz eine Menge von Fällen, während § 46a nur zwei Fälle und zwar mit

völlig selbständigem Wortausdruck behandelt; es wird deshalb schon von vornherein zweifelhaft, dass das Rechtsbuch sich an Leos Gesetz angelehnt habe. — Andererseits ist es unrichtig, wenn Bruns behauptet, dass in Leos Gesetz auch die Geschenke der Braut an den Bräutigam behandelt seien; die l. 5 C. cit. scheidet vom Principium bis zum § 4 eine Reihe von Fällen, die alle das gemein haben, dass der Rücktritt Seitens des Mädchens oder ihrer Eltern, erklärt wird, und dass der Bräutigam die arrha sponsalicia gegeben hat; wenn nun der § 5 fortfährt:

> Quae omnia simili modo etiam de sponsis super recipiendis nec ne arrhis praestitis custodiri censemus . . . .

so können sich diese Worte unmöglich auf die von der Braut an den Bräutigam gegebenen Geschenke beziehen (es müsste sonst reddendis statt recipiendis heissen und es würde das etiam in der Phrase etiam de sponsis unerklärlich sein), sondern jene Worte bedeuten offenbar, dass die im pr. — § 4 getroffenen Bestimmungen über die Arrha bei Rücktritt der Braut oder ihrer Eltern auch beim Rücktritt des Bräutigams analoge Anwendung finden sollen; dieser Fall bedurfte der gesetzgeberischen Regelung, während der von Bruns unterstellte Fall (der Geschenke der Braut an den Bräutigam) nach der bekannten Aeusserung Constantins[1]) selten war und der Gesetzgebung kaum bedurfte; die beiden Fälle des Rücktritts der Braut und des Rücktritts des Bräutigams werden denn auch sowohl in dem Constantinischen Gesetze (l. 15 cit.) als auch in unserem § 46a behandelt; mit umso grösserem Rechte dürfen wir also annehmen, dass auch die l. 5 von Leo sich nicht bloss auf den Rücktritt der Braut resp. ihrer Eltern

[1]) In l. 16 § 1 C. J. de don. ante nupt. 5, 3.

sondern auch (im § 5) auf den Rücktritt des Bräutigams bezieht.

Dies vorausgeschickt, so stellt sich der Zusammenhang des § 46a mit den beiden Gesetzen Constantins und Leo's ganz anders als Bruns ihn annahm.

Der erste Absatz des § 46a behandelt den Rücktritt des Bräutigams und verordnet, dass alsdann der Bräutigam die Arrha und alles sonst hingegebene verlieren solle. Diese Verordnung stimmt nicht mit dem Gesetze Leo's, wohl aber mit dem Gesetze Constantins, der l. 15 pr. C. J. de don. ante nupt. 5, 3.

Nach dem zweiten Absatz, wo der Rücktritt der Eltern der Braut behandelt wird, soll die Arrha doppelt (wie im Leonischen Gesetz) zurückgegeben werden, zugleich aber wird die Arrha, welche am Verlobungstage selbst gegeben wird, von demjenigen geschieden, was das Mädchen nach dem ersten Tage vom Bräutigam als Geschenk erhalten; nur die erstere soll doppelt zurückgegeben werden. Ich sage nicht, dass diese Unterscheidung falsch ist, aber jedenfalls stammt sie nicht aus dem Leonischen Gesetz.

Nach dem Allen hege ich keinen Zweifel, dass der § 46a der Pariser Handschrift nicht der Leonischen Constitution nachgebildet ist, der einzige Umstand, welcher dafür spricht wird mehr als aufgewogen durch zwei Umstände, welche dagegen sprechen.

Und sonach bleibe ich dabei, dass das Römisch-Syrische Rechtsbuch in seiner ursprünglichen Gestalt, welcher die Pariser Handschrift am nächsten steht, vor Kaiser Leo verfasst worden ist. Erwägt man einerseits, dass (wie oben gezeigt S. 182) in dem Rechtsbuch die reparatio temporum des Theodosischen Codex bereits weggefallen ist (wie auch in der Novelle Valentinians III. v. 452), und dass andererseits der 438 publicirte Theodosische Codex dem Verfasser des Rechtsbuchs ent-

schieden unbekannt geblieben ist[1]), so kommt man zu der Ansicht, dass es zu einer Zeit verfasst worden ist, wo der Theodosische Codex noch so jung war, um einem Cleriker unbekannt bleiben zu können, andererseits zu einer Zeit, wo die reparatio temporum bereits beseitigt war. Unter Berücksichtigung beider Umstände gelangt man in die vierziger Jahre des fünften Jahrhunderts. In späterer Zeit wurde das Rechtsbuch — das beweist eine jede der jetzt vorhandenen Handschriften[2]) — vielfach vermehrt; zu diesen Vermehrungen gehörten die in der Pariser Handschrift fehlenden, in der Londoner Handschrift vorfindlichen Gesetze Leo's, darunter auch der § 118 der Londoner Handschrift, der in seinem letzten Absatz der Sportula an (vielleicht!) einen die Klage behändigenden Exsecutor gedenkt. Hiernach bildet er keine Stütze für die Wieding'sche Ansicht, dass Privatladung und Exsecutoren mit einander vereinbar sind.

2. § 24. Die Aufhebung der Beweisfristen. Die Dilation des Justinianischen Processes.

Constatiren wir zunächst, dass die Beweisfristen, ihre Dilation und (vor Valentinian III.) ihre Reparation bloss den contradictorischen Denuntiationsprocess betreffen; im contumacialen Denuntiationsprocess ist das Beweisverfahren anders geordnet. Demgemäss wird denn in den Digesten der Contumacialprocess ganz mit den Worten Ulpians in l. 68 — l. 73 D. de iudic. vorgetragen; bloss die Ladung in Denuntiationsform, deren Ulpian unzweifelhaft gedacht hat, ist gestrichen.

[1]) Bruns a. a. O. S. 322.

[2]) Sachau a. a. O. S. 165.

Bezüglich des contradictorischen Denuntiationsprocesses, zu welchem ich mich nunmehr wende, ist zuerst im Auge zu behalten, dass die Beweisfrist nicht in einem historischen und nicht in einem inneren unauflöslichen Zusammenhang mit der Ladungsform per denuntiationem steht. Nicht in einem historischen: denn die Ladungsform der Denuntiation ist viel älter als die Beweisfrist; jene gehört schon der Republik an, diese stammt erst von Marc Aurel. Aber auch nicht in einem inneren unauflöslichen Zusammenhang, denn der legislatorische Werth einer Beweisfrist bleibt ganz derselbe, gleichviel welches die Form der Ladung ist; man kann die Ladungsform ändern und die alte Beweisfrist beibehalten, sie kann nach wie vor von der behändigten Ladung an laufen, es braucht alsdann nicht einmal die Dauer der Beweisfrist abgeändert zu werden. So ist denn auch die geschichtliche Entwicklung gewesen; die Ladungsform der Denuntiation ist nach der Ausführung auf S. 189 jedenfalls schon zur Zeit der Novelle Valentinians III. von 452 aufgehoben gewesen, nichtsdestoweniger besteht nach dieser Novelle die Beweisfrist in voller Geltung (S. 151), und wir haben kein Zeugniss für die Aufhebung der Beweisfrist, das älter wäre als die Justinianische Compilation.

Bevor wir zur Zeit der Aufhebung übergehen, wollen wir die legislatorischen Gründe der Aufhebung untersuchen.

Die Einführung der Beweisfrist durch Marc Aurel hatte einen guten legislatorischen Grund; damals musste die beweispflichtige Partei ihre Zeugen, die ihre freiwilligen Gehilfen waren, selbst vor Gericht bringen, und da der Urkundenbeweis nach Römischen Gewohnheiten und Gesetzen fast immer mit einem Zeugenbeweis verbunden war[1]), so lag die Beweislast mit

[1]) Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 3 S. 282.

immenser Schwere und Verantwortlichkeit auf den Parteien. Es war deshalb eine Anforderung nicht etwa der Billigkeit sondern der Gerechtigkeit, der beweispflichtigen Partei eine Beweisfrist zu gönnen. Denn wenn auch in Römischen Gesetzen der Gedanke oftmals wiederkehrt, dass der Kläger erst nach gehöriger Vorbereitung aller Beweismittel den Process anfangen solle[1]), so durfte doch dieser Gesichtspunkt nicht derartig aufgefasst werden, als ob der Kläger bei Anstellung des Processes die Zeugen zur Hand haben müsste. Deshalb sah sich ja Marc Aurel von Anfang an genöthigt, neben der Fixirung der Beweisfrist auf vier Monate zugleich deren Dilation zu gestatten (oben S. 140f.), und vielleicht er selbst, jedenfalls spätere Kaiser führten die Reparation ein.

Das ändert sich in dem Augenblick, wo der Zeuge richterlich geladen wird, denn dann besteht die Beweispflicht bloss in der Berufung auf den Zeugen. Wann die richterliche Ladung der Zeugen eingeführt worden ist, lässt sich nicht sicher feststellen. Vielleicht[2]) hat sie erst Justinian (527?) in der Constitution, in welcher er die Zeugnisspflicht auf die Civilsachen ausdehnte, eingeführt[3]); jedenfalls besteht sie unter Justinian; auch hier kehrt der Ausdruck wieder: testes admoniti *per exsecutores*, die geladenen Zeugen müssen sich während fünfzehn Tagen dem Richter zur Verfügung stellen, nach deren fruchtlosem Verlauf hat der Richter nicht die Befugniss, eos iterum retrahere[4]).

---

[1]) l. 6 pr. C. J. de temp. in int. 2, 52; l. 2 C. J. de dilat. 3, 11; ferner Valentinians Novelle v. 452 § 14.

[2]) S. jedoch l. 3 § 6 D. de test. 22, 5.

[3]) Diese Constitution ist verloren gegangen und wir haben nur einen kurzen Auszug in l. 16 C. J. de test. 4, 19.

[4]) l. 19 C. J. de test. 4, 19 von Justinian ao. 530; Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 3 S. 276.

Dazu trat noch die Abänderung, welche wir aus der Novelle Valentinians III. von 452 und aus dem Syrisch-Römischen Rechtsbuch entnehmen: die viermonatliche Frist Marc Aurels ist seitdem in eine achtmonatliche umgewandelt (— denn das bedeutet doch die Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Beweises ohne Reparation —); nun lässt sich eine viermonatliche Beweisfrist ertragen, wenn sie auch eigentlich bloss für den Zeugenbeweis (resp. Urkundenbeweis), nicht für den Beweis durch Eid oder Augenschein passt; eine achtmonatliche Beweisfrist aber und daneben noch die Dilation ist unerträglich. Ich stelle übrigens diesen Grund nur als adminiculirend hin, der Hauptgrund für die Abschaffung der vier- resp. sechsmonatlichen Beweisfrist war meines Erachtens die Ausdehnung der richterlichen Ladung auf die Zeugen.

Hiernach und wenn namentlich die Vermuthung richtig ist, dass die richterliche Zeugenladung erst 527 in Verbindung mit der Ausdehnung der Zeugnisspflicht auf Civilsachen eingeführt worden ist (s. oben S. 211), so scheint mir die Behauptung begründet, dass die Abschaffung der vier- resp. sechsmonatlichen Beweisfrist erst durch die Justinianische Compilation erfolgte. Deutlicher: *Justinian erliess kein eigenes Gesetz behufs Aufhebung jener Fristen, sondern er verordnete die Aufhebung durch Interpolationen, welche er in der Compilation vornehmen liess.* Eine Zeitlang nach Einführung der richterlichen Ladung (nämlich in den Jahren 527 bis 529, bis zur Publication des ersten Codex) bestand die Beweisfrist dem Buchstaben des Gesetzes nach fort, allein sie schwebte in der Luft, sie konnte in der Praxis nicht mehr zur Anwendung kommen, und deshalb wurde sie zuerst im Codex, später auch in den Digesten durch Interpolationen beseitigt. Hätte Justinian ein eigenes aufhebendes Gesetz erlassen, so hätte er es in seine

Compilation aufgenommen; es ist kein Grund ersichtlich, weshalb er es den Lesern des Gesetzbuchs hätte vorenthalten sollen. Auf der anderen Seite lassen sich analoge Fälle anführen, in denen Justinian ein gleiches Verhalten beobachtete; man erinnere sich an die Gleichstellung des ager emphyteuticarius mit dem ager vectigalis, an die Uebertragung der Grundsätze des uti possidetis auf das interdictum utrubi[1]), an die Ausgleichung der contr. de fine und de loco.

Betrachten wir nunmehr die Interpolationen. Sie sind doppelter Art: gewisse Gesetze des Theodosischen Codex sind garnicht aufgenommen, gewisse Gesetze sind verstümmelt worden.

Garnicht aufgenommen sind die Gesetze, worin der temporum cursus behandelt ist, mag der Anfangspunkt oder die Reparation desselben bestimmt sein (l. 1 pr. l. 4 C. Th. de denunt. 2, 4; l. 1 l. 3 l. 4 C. Th. de temp. cursu 2, 6) oder mag es sich um eine vom Denuntiationsprocess ausgenommene Sache handeln (l. 3 l. 5 l. 6 l. 7 C. Th. de denunt. 2, 4; l. 6 C. Th. de iis quae admin. 8, 15; l. 3 C. Th. de off. com. sacr. larg. 1, 10); zwei Constitutionen, die sich auf ausgenommene Sachen beziehen, sind verstümmelt aufgenommen, nämlich ein Stück von l. 6 C. Th. de denunt. 2, 4 (als l. 4 C. J. de interd. 8, 1) u. l. un. C. Th. utr. 4, 23 (als l. 14 C. J. de agric. 11, 48); siehe oben S. 155 Note 2, S. 156 Note 2.

Verstümmelt ferner ist aufgenommen ein Gesetz, in welchem neben der vier- resp. sechsmonatlichen Frist

---

[1]) Die Zweifel, welche Bruns (Besitzklagen S. 174) bezüglich des int. utrubi ausspricht, sind beweislos; sie beruhen lediglich darauf, dass die Aenderung „zu tiefgreifend ist, als dass Justinian sie einfach seiner Commission zur Interpolation überlassen haben sollte“.

zugleich von deren Dilation die Rede ist: l. 3 C. Th. de dilat. 2, 7 (als l. 6 C. J. de dilat. 3, 11).

Vollständig endlich sind aufgenommen diejenigen Constitutionen, welche lediglich von der Dilation handeln: l. 1 l. 2 l. 4 C. Th. de dilat. 2, 7 (im Justinianischen Codex l. 2 l. 7 C. J. de dilat. 3, 11 u. l. 6 C. J. de temp. in int. 2, 52).

Denn die Dilation ist auch im Justinianischen Process ein practischer Begriff, wenngleich sie, was sofort auszuführen ist, ihr Wesen in demselben verändert hat.

Bis in die neueste Zeit waren alle Schriftsteller [1]) darüber einig, dass dem Römischen Recht die Beweisfrist unbekannt sei [2]). Diese Ansicht ist nach meinen bisherigen Ausführungen für die Zeit von Marc Aurel bis Justinian unrichtig; allein für das Justinianische Recht will auch ich sie aufrechterhalten. Zwar möchte man die Frage aufwerfen, ob nicht im Justinianischen Processe an die Stelle der gesetzlichen Beweisfrist eine richterliche von selbst getreten sei, ob nicht der Richter den Parteien eine Frist behufs Führung ihrer Beweise gesetzt habe; allein hierauf hat Bethmann-Hollweg in seinem älteren Werke [3]) die richtige Antwort dahin gegeben, dass „das Beweisverfahren keinen schlechthin abgesonderten Theil des Processes bildete, *sondern mit dem Vortrag der Parteien näher verbunden und verschlungen war*“ [4].) Bei solcher Sachlage konnte von

---

[1]) Man sehe z. B. die Lehrbücher von Heffter §§ 372. 373, Renaud § 99, Bethmann-Hollweg Bd. 3 S. 273 (schärfer im Handbuch S. 265); ferner Linde, Handbuch Bd. 1 S. 221 ff., Planck, Beweisurtheil S. 116 ff.

[2]) Die Ausnahme von Bruns (oben § 21) gehört erst dem Jahre 1881 an.

[3]) Handbuch S. 265. Ebenso Planck a. a. O. S. 121.

[4]) Freilich stützte sich Bethmann-Hollweg hierbei auf einen Brief des Symmachus, der also gerade aus einer Zeit stammt,

einer Beweisfrist nicht die Rede sein; die Parteien übernahmen freiwillig die Antretung resp. Führung des Beweises, und selbst wenn der Richter den Beweis mittels Interlocuts regelte, so musste die Partei ihn sofort antreten (bei Beweis mittels Zeugen oder Eides) resp. führen (bei Urkundenbeweis)[1]. Die etwaige Härte dieses Verfahrens wurde durch die Dilation vermieden: die Partei, welche ein Beweismittel von anderswoher herbeischaffen sollte, erhielt eine dem Falle angemessene Frist bewilligt. Diese bewilligte Frist heisst wie bisher dilatio, aber sie hat, wie ich schon oben bemerkte, nunmehr ihr Wesen geändert. Denn vor Justinian war sie die Verlängerung einer gesetzlich normirten Frist, und sie hiess deshalb mit Recht dilatio; jetzt hingegen war sie Bewilligung einer Frist, das Wort dilatio passte zwar nicht mehr für die neue selbständige Frist, aber es wurde beibehalten und erhielt jetzt einen neuen Sinn, es bezeichnete nunmehr jede richterlich bewilligte Frist.

Sonach wird es klar, weshalb die Compilatoren die bisherigen Gesetze über die Dilation aufgenommen

---

wo die vier- resp. sechsmonatliche Frist noch bestand. Hierbei ist aber Folgendes zu bemerken. Die gesetzliche Beweisfrist hatte, weil sie von der Denuntiation an lief, nicht die Wirkung, dass das Beweisverfahren sich zu einem besonderen Processabschnitt gestaltete, es wurde nicht mit einem Alles regelnden Beweisinterlocut eröffnet. Und daher konnte selbst unter der Geltung einer gesetzlichen Beweisfrist sich der Zustand herausbilden, dass Vorträge und Beweisanträge resp. Beweisführung mit einander verschlungen und verbunden waren. In seinem späteren Werke (Civilpr. Bd. 3 S. 273) hat übrigens Bethmann-Hollweg die im Text citirten Worte nicht mehr gebraucht allein, wie ich glaube, ohne Grund.

[1]) Man lese die lis fullonum de pensione solvenda vom Jahre 244 p. Chr. (bei Bruns fontes p. 259); da wird sofort nach gesprochenem Beweisinterlocut der Urkundenbeweis angetreten und am folgenden Tage geführt.

haben; sie haben sie herausgeschält, wo sie mit Bestimmungen über den temporum cursus verbunden waren; sie haben sie unverändert aufgenommen, wo sie rein von der Dilation handelten. Dabei haben sie aber (doch bin ich mir hierin nicht sicher) eine Ungeschicklichkeit begangen. Die bisherige Dilation wurde der Partei gegeben, um entfernte Zeugen zu gestellen und eine entfernte Urkunde herbeizuschaffen. Nunmehr, wo die Zeugen richterlich geladen wurden, bezog sich die Dilation selbstverständlich nur auf die Herbeischaffung der Urkunden. Nichtsdestoweniger ist in l. 1 l. 2 C. J. de dilat. 3, 11 den Gesetzen die alte Fassung gelassen, wonach die Dilation nicht bloss um der Urkunden sondern auch um der Zeugen halber bewilligt wird. Vielleicht aber hielt man die Dilation um der Zeugen wegen deshalb für gerechtfertigt, weil die Partei dem Richter nicht bloss den Namen sondern auch den Wohnort und die Wohnung des zu ladenden Zeugen angeben musste[1]); ist dies der Fall, so war es angemessen, es mit einem Worte anzudeuten; wie der Text vorliegt, sind Zeugen und Urkunden auf eine Linie gestellt, als wenn beide von der beweispflichtigen Partei aus der Ferne herbeigeholt werden müssten. In den Digestenstellen, welche von der Dilation handeln, ist nur von Urkunden die Rede, nicht von Zeugen (s. oben S. 140—142).

---

[1]) Diejenigen Leser., welche in der Praxis stehen oder gestanden haben, werden wissen, wie oft der beweispflichtigen Partei eine Frist gewährt werden muss, um den Wohnort resp. die Wohnung des Zeugen zu ermitteln.

3. § 25. Die Bestimmung des ersten Verhandlungstermins. Die cautio iudicio sisti.

Nach der gemeinen Meinung wurden die Verhandlungstermine im späteren Römischen Process wie im älteren stets auf einen bestimmten Calendertag angesetzt[1]).

Dem widerspricht schnurstracks meine Ausführung in den §§ 4. 5. Solange im Römischen Process das Vadimonium dauerte, wurde der Verhandlungstermin allerdings auf einen bestimmten Calendertag von den Parteien verabredet; allein im Denuntiationsprocess richtet sich der Termin nach der Entfernung des Wohnorts des Beklagten vom Gerichtsort; wohnt er am Gerichtsort, so muss er in der nächsten sessio pro tribunali sich stellen; wohnt er davon entfernt, so wird ihm für je zwanzig Milien ein Tag bewilligt, und mit Rücksicht hierauf wird die nächste sessio pro tribunali, in welcher er erscheinen muss, bestimmt. Man kann dies auch folgendermassen ausdrücken: im Denuntiationsprocess geschieht die Ladung bloss dahin, sich vor Gericht zu stellen, nicht aber dahin, sich an einem bestimmten Calendertag vor Gericht zu stellen.

Den Beweis für meine Ansicht habe ich bisher bloss aus der Darstellung des Excusationsprocesses auf Grund der Vaticanischen Fragmente geführt. Nunmehr soll er aus der Justinianischen Compilation erbracht, und dadurch zugleich gezeigt werden, dass dieses Stück des Denuntiationsprocesses noch im Justi-

[1]) Vgl. z. B. Wetzell, Civilpr. § 68 Note 5 der 3. Aufl. Die von demselben citirte Nov. 69 c. 2 spricht nicht von einem Kalendertage, sondern von einer προθεσμία, d. h. von einer Frist.

nianischen Process fortdauert. Am sichersten wird der Beweis dadurch erbracht, dass man von der cautio iudicio sisti ausgeht; denn das ist klar: die cautio iudicio sisti ersetzt im Denuntiationsprocess das Vadimonium, sie ist zur classischen Zeit gerade so im Schwange wie der Denuntiationsprocess und die alten classischen Juristen haben die cautio iudicio sisti (wenigstens seit Marc Aurel) ebenso gründlich behandelt wie das Vadimonium; die Neigung gewisser Romanisten, in den Stellen des Corpus iuris, die von der cautio iudicio sisti handeln, massenhafte Interpolationen und Ausmerzungen des Vadimonium zu präsumiren, ist mit ganz geringen Ausnahmen unbegründet.

Wie also war die cautio iudicio sisti gefasst? lautete sie so wie ihr Name besagt, oder war ein Calendertag in sie aufgenommen?

Wieding behauptet das letztere unter Berufung auf l. 8 pr. D. qui satisd. cog. 2, 8:

> De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire; si non conveniat, Pedius putat in potestate stipulatoris esse, moderato spatio de hoc a iudice statuendo (Paulus).

Wieding bezieht nämlich diese Stelle auf die cautio iudicio sisti[1]); es handle sich um eine denuntiatio ex auctoritate, und der Prätor habe bei der Impetration der Denuntiation eine Edictsfrist bestimmt, welche nunmehr der Kläger dem Beklagten belassen musste, daneben habe das Recht gegenseitiger Uebereinkunft ohne alle Schranke bestanden. Diese Auslegung vermag ich in keiner Weise zu billigen; kein Wort deutet an, dass es sich um eine denuntiatio ex *auctoritate* handle; die Behauptung, dass der Prätor bei Ertheilung der auctoritas Fristen bestimmt habe, ist abgesehen

[1]) Libellpr. S. 539 ff.

vom Peremtorium (oben S. 64 ff.) und von einer später zu erörternden Ausnahme des domum revocans[1]) völlig unerwiesen; endlich aber geht ja die Stelle von der Abrede unter den Parteien aus und lässt die Intervention des Richters erst im Fall ihres Dissenses eintreten, während Wieding gerade den umgekehrten Zusammenhang annimmt. Meines Erachtens ist l. 8 pr. cit. eine der wenigen Stellen, welche vom Vadimonium handeln; die Parteien haben jedenfalls schon eine Verhandlung vor dem Magistrat gehabt, sind aber nicht zu Ende gekommen, und müssen sie nächstens fortsetzen; zu diesem Zwecke müssen sie ein Vadimonium abschliessen[2]); sind sie über den Tag einig, so hat es dabei sein Bewenden, entgegengesetzten Falles schlägt der Kläger einen Tag vor und der Magistrat[3]) hat das Recht, den Vorschlag im Interesse des Beklagten zu ändern. Die l. 8 pr. giebt uns also über die Fassung der cautio iudicio sisti keine Auskunft.

Wohl aber werden wir hierüber belehrt in l. 3 D. de verb. sign. 50, 16[4]), welche Wieding übersehen hat:

> Itinere faciendo viginti millia passuum in dies singulos peragenda sic sunt accipienda, ut, si post hanc dinumerationem minus quam viginti millia supersint, integrum diem occupent; veluti viginti unum millia sunt passus, biduum iis attribuetur;

---

[1]) Vgl. vorläufig l. 2 § 6 D. de iud. 5, 1.

[2]) Gai. 4, 184.

[3]) Ueber die Auffassung von iudex als Magistrat ist man heute einig.

[4]) Vgl. hiezu noch Lenel in der Savigny-Zschr. f. Rechtsg. 15, 36; er bezieht das Fragment auf die Berechnung des vadimonium Romam faciendum; ich glaube nicht, dass er Widerspruch dagegen erheben wird, wenn ich es auch auf die cautio iudicio sisti beziehe.

> quae dinumeratio ita demum facienda erit, si de die non convenerit[1]).

Die Stelle erwähnt zwar die cautio iudicio sisti nicht ausdrücklich, aber dass sie sich auf sie bezieht, geht hervor aus l. 1 D si quis cautionibus in iudicio sistendi causa 2, 11, die wir deshalb vorher interpretiren wollen. Dieselbe lautet:

> Vicena millia passunm in singulos dies dinumerari praetor iubet praeter eum diem, quo cautum promittitur et in quem sistere in iudicium oportet; nam sane talis itineris dinumeratio neutri litigatorum onerosa est.

Der Schlussatz (nam sane — onerosa est) weist mit Sicherheit auf die Denuntiation hin; es soll nämlich die im Edict vorgeschriebene Berechnungsweise nicht bloss dem Geladenen, wie man vermuthen möchte, sondern beiden Parteien unbeschwerlich sein; das ist daraus zu erklären, dass der Kläger die Denuntiation im Wohnort des Beklagten vollzogen hat; daher muss nicht bloss der geladene Beklagte sondern auch der ladende Kläger nach dem Gerichtsort reisen, und eine milde Berechnung der Reisefrist liegt im Interesse beider Parteien. Die Berechnung soll in der Weise geschehen, dass auf je einen Reisetag zwanzig Milien gerechnet, ausserdem aber noch zwei Tage zugeschlagen werden, nämlich der Tag, an welchem die cautio iudicio sisti bestellt wird, und der Tag, an welchem die Parteien vor Gericht erscheinen müssen.

---

[1]) Ich habe abgesehen von dieser und der folgenden Lex den dies stipulationis sistendi iudicio nur noch erwähnt gefunden in l. 4 D. qui sat. 2, 8 und l. 2 § 8 l. 8 l. 10 § 1 D. si quis caution. 2, 11; aber in allen vier leges lässt er sich nicht bloss als ein bestimmter Kalendertag auffassen, sondern eben sowohl als ein nach der Dinumeratio, welche im prätorischen Edict verordnet ist, zu berechnender.

Hiernach kann kein Zweifel sein, dass auch die l. 3 cit. von der cautio iudicio sisti handelt; denn auch sie bestimmt, dass auf jeden Reisetag zwanzig Milien gerechnet werden sollen; auch für jeden Bruchtheil von zwanzig Milien soll die gleiche Rechnung eintreten, aber, bemerkt der Jurist am Schlusse, diese Berechnung ist nur dann anzustellen, wenn die Parteien nicht über einen Calendertag übereinkommen.

Hier ist mit klaren Worten gesagt, dass es zwei Fassungen der cautio iudicio sisti giebt; in der einen Fassung verabreden die Parteien einen bestimmten Calendertag für die Sistirung, in der anderen unterlassen sie eine solche Bestimmung, und alsdann tritt eine im Edict vorgeschriebene Berechnungsweise ein. Der Unterschied zwischen der cautio iudicio sisti und dem Vadimonium, welches letztere stets auf einen bestimmten Tag lautete[1]), während das erstere auch ohne bestimmten Tag concipirt sein konnte[2]), liegt auf der Hand.

Der Jurist erklärt nicht, warum die eine oder die andere Fassung von den Parteien gewählt zu werden

---

[1]) Gai. 4, 184.

[2]) Von einem eigenthümlichen Fall handelt die l. 115 pr. D. de verb. obl. 45, 1. Papinian bespricht die Stipulation: te sisti in certo loco, si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes? Er behandelt zuerst den Fall, dass der Sistirungstag aus Irrthum in der Stipulation übergangen wurde, und erklärt in diesem Fall die Stipulation für ungiltig, weil ihr ein wesentliches Stück fehlt. Sodann setzt er als zweiten Fall, dass die Absicht der Parteien dahin ging, es solle sich der Versprecher *an irgend einem Tage* stellen, dann ist die Stipulation giltig, und die Strafe verfällt erst dann, wenn der Versprecher sich nicht mehr stellen kann. Hiermit bricht die Erörterung ab. Ich glaube aus der Fassung (te sisti in certo loco?) schliessen zu dürfen, dass Papinian die cautio iudicio sisti nicht mit seiner Erörterung treffen wollte.

pflege. Ich glaube aber, dass es leicht ist, hierüber klar zu werden. Zunächst ist es bekannt, dass processirende Parteien schwer zu einer Einigung zu bringen sind; eine jede erklärt, sie einige sich nicht, das Gesetz solle seinen Lauf nehmen, und da ein unparteiischer Dritter fehlt (— anders beim Vadimonium, im Falle der l. 8 pr. cit. —), so unterbleibt eine Einigung. Dazu tritt noch ein zweiter Umstand. Gesetzt nämlich, dass z. B. von einem hundert Milien vom Gerichtsort wohnenden Beklagten die cautio iudicio sisti auf den folgenden siebenten Calendertag, also bei einer am 1. December vollzogenen Denuntiation auf den 7. December gestellt worden war, so wären die Parteien der Gefahr ausgesetzt gewesen, dass am 7. December keine sessio pro tribunali stattfand, und die cautio iudicio sisti wäre vergeblich gewesen. Ist die zweite Motivirung die bedeutendere, so ist bis zum Jahre 389 die cautio iudicio sisti in den meisten Fällen nicht auf einen bestimmten Tag abgestellt worden; denn erst in diesem Jahre bestimmte ein Gesetz: omnes dies iubemus esse iuridicos [1]). Ist die erste Motivirung von grösserem Gewicht, so ist noch über 389 hinaus der cautio iudicio sisti diese Fassung gegeben worden. Ein Fall einer auf einen bestimmten Tag abgestellten cautio iudicio sisti ist uns in l. 2 § 6 D de iud. 5, 1 überliefert: wer von dem Rechte der revocatio domum Gebrauch macht, muss cautio iudicio sisti stellen, und zwar (wie es in jenem Fragmente heisst) statuente praetore in quem diem promittat; hier nämlich, wo es sich um Personen handelte, welche in Rom öffentliche Geschäfte zu besorgen hatten, durfte die prätorische Berechnungsweise (ein Tag für je zwanzig Milien) nicht angewendet werden, da ja sonst der Revocant die Reise in die Heimath

[1]) l. 19 C. Th. de feriis 2, 8.

hätte sofort antreten müssen; der Prätor war auf der anderen Seite so genau mit dem Terminwesen im ganzen Reich bekannt, dass er wohl darüber unterrichtet sein konnte, ob an einem bestimmten Tage das Gericht offen war; wusste er es nicht, so bestimmte er den Sistirungstag wahrscheinlich verclausulirt z. B. „auf die erste nach dem 1. Januar fallende sessio pro tribunali.“

Die nächste sich darbietende Frage ist, ob das Kaisergesetz von 389, welches (mit gewissen Ausnahmen) alle Tage zu Gerichtstagen machte, nicht auf die bisher geschilderten Verhältnisse abändernd eingewirkt hat.

Im Allgemeinen muss man dies verneinen; es folgt dies einfach daraus, dass die Compilatoren die oben behandelten Fragmente aufgenommen haben; die im Edict vorgeschriebene Berechnungsweise war also noch zu Justinians Zeit massgebend. Auch ist ja oben hervorgehoben worden, dass vor wie nach 389 processirende Parteien schwer zu einer Einigung zu bringen sind. Bloss eine einzige Besonderheit scheint sich in der Praxis herausgebildet zu haben. Sie wird uns berichtet in der Nov. 53 praefatio und cap. 1.

In der Praefatio erzählt Justinian, dass manche Beklagte nach der Ladung ungerecht behandelt wurden; sie würden in andere Provinzen geladen, sie leisteten die cautio iudicio sisti dorthin oder sie würden auch dahin abgeführt [1]), wenn sie aber sich dort gestellt oder dorthin abgeführt seien, so müssten sie dort lange auf eigene Kosten leben (weil sich, wie aus cap. 1 hervorgeht, der Kläger nicht einfindet). Die cautio iudicio sisti wird hier mit den Worten bezeichnet: *ἀσφάλεια ὡς εἴσω ῥητοῦ χρόνου καταλήψονται τὸ ἀφορισθὲν δικαστήριον*, d. h. dass der Beklagte *binnen einer festgesetzten Frist* bei dem bestimmten Gericht sich ein-

[1]) Ueber die Verhaftung vergl. Muther, Sequestration S. 336 ff.

finden würde. Genaueres über die Frist lernen wir aus dem ersten Capitel der Novelle. Hier wird sie bezeichnet: *ὁ χρόνος ὃν ἐπὶ τῆς παραστάσεως ἢ τῆς ἀπαγωγῆς ἀσφαλείᾳ αὐτὸς ὁ ἐνάγων ἔταξεν*, d. h. als die Frist, welche in dem Formular der cautio iudicio sistendi aut deducendi *der Kläger selbst* festgesetzt hat, und Justinian verordnet, dass, wenn der Beklagte sich gestellt hat, der Kläger aber innerhalb zehn Tagen nach der Gestellung nicht erscheint, der Kläger sofort zum Ersatz aller Reise- und Aufenthaltskosten verurtheilt werden solle; der Richter solle dieselben von den Bürgen, die der Kläger bei der cautio de lite prosequenda bestellt, einziehen.

Hiernach ist in der cautio iudicio sisti nicht von einem Kalendertage (Termin), sondern von einer Frist die Rede; die Frist beruht nicht auf Abrede, sondern auf der einseitigen Bestimmung des Klägers, unzweifelhaft musste er sich dabei an die Vorschrift des prätorischen Edicts halten, dass dem Beklagten für je zwanzig Milien ein Reisetag zugebilligt werden sollte, und eben deshalb musste der Beklagte die Caution in der vom Kläger bestimmten Weise dem die Ladung behändigenden Exsecutor leisten. Das Bezeichnendste aber ist, dass der Beklagte sich nicht am letzten Tage der Frist oder an dem hierauf folgenden Tage stellen sollte, sondern *innerhalb* der festgesetzten Frist, d. h. er durfte sich auch *vorher* gestellen. Man lasse sich hierin nicht durch die Worte Justinians im cap. 1 täuschen, wonach der Beklagte sich *nach* Ablauf der Frist gestellt habe; denn indem Justinian verordnet, dass der Beklagte noch zehn Tage auf den Kläger warten müsse, zeigt er, dass die Ladung nicht auf einen bestimmten Tag gerichtet war; eine Frist durfte er um zehn Tage verlängern (sie blieb trotzdem eine Frist), einem Tage durfte er unmöglich einen anderen

Tag substituiren. Meines Erachtens durfte sich also der Beklagte an irgend einem Tage der Frist gestellen, vorausgesetzt nur dass dieser Tag nach der durch die prätorische Berechnungsweise festgesetzten Reisezeit fiel, und der Kläger musste an allen diesen Tagen sich gestellen; es lag hierin keine Beschwerde für den Kläger, denn er selbst hatte ja in dem Formular der cautio iudicio sisti den Beklagten eine längere Frist gestattet; es galt von einem solchen Kläger der Satz: de se ipso queri debet. Auch darf man nicht vergessen, was wir aus dem Syrisch-Römischen Rechtsbuch wissen, dass nach der Praxis der Richter den Kläger herbeiholen konnte (oben S. 181).

Weiter beschäftigt uns das vierte Capitel derselben Novelle 53. Hier ist von einem Beklagten die Rede, der nach Ablehnung eines Richters einen anderen Richter erhalten hat; er hat hierauf die cautio iudicio sisti und zwar juratorisch bestellt, ist aber alsdann flüchtig geworden, so dass die Litiscontestatio nicht erfolgen kann. In diesem Falle soll der Richter den Beklagten als einen Meineidigen verfolgen und herbeischaffen; aber zugleich soll er eine gewisse Frist festsetzen, *innerhalb welcher* der Beklagte erscheinen soll, und nach deren frnchtlosem Ablauf eine einseitige Prüfung der Sache und verhältnissmässige missio in bona erfolgt:

> *καὶ διδότω προδεσμίαν ῥητήν, ὥστε εἰ μὴ εἴσω ταύτης ἀπαντήσειεν, τηνικαῦτα κατὰ μίαν μοῖραν ἐξεταζέτω τὴν ὑπόθεσιν καὶ ἐπὶ νομῆς πεμπέτω τὸν διώκοντα τῶν αὐτοῦ πραγμάτων πρὸς τὸ μέτρον τοῦ διαφαινομένου χρέους . . . .*

Wiederum also wird der Beklagte nicht auf einen Kalendertag vorgeladen, er kann sich an jedem Tage der festgesetzten Frist gestellen.

Endlich behandeln wir noch die Nov. 112 cap. 3. Hier ist zunächst (im Principium) von einem Kläger die Rede, der Lis contestirt hat, sodann aber die Sache nicht fortsetzt; er soll alsdann auf Antrag des Beklagten vom Richter geladen werden, und wenn dies vergeblich ist, so soll er nochmals durch drei Edicte geladen werden, und jede dieser drei Ladungen soll einen Zeitraum von wenigstens dreissig Tagen umschliessen:

μιᾶς ἑκάστης κλήσεως οὐκ ἔλαττον ἢ τριάκοντα ἡμερῶν διαστήματι περικλειομένης.

Das bedeutet also nicht, dass zwischen jeder Ladung ein Zeitraum von dreissig Tagen liegen, sondern dass jede Ladung auf Gestellung innerhalb dreissig Tagen lauten solle.

Das Resultat dieser Untersuchung ist, dass die erste Ladung des Beklagten nicht auf einen bestimmten Kalendertag erfolgte, und dass die cautio iudicio sisti regelmässig nicht auf einen bestimmten Kalendertag abgestellt wurde. Vielmehr lautete die erste Ladung dahin, dass der Beklagte vor Gericht erscheinen solle, und das Versprechen in der cautio iudicio sisti regelmässig dahin, dass der Beklagte vor Gericht erscheinen werde. Der Kalendertag des ersten Erscheinens der beiden Parteien wurde anderweitig bestimmt; im klassischen Recht war es bei Ortsanwesenden die nächste sessio pro tribunali, bei Ortsabwesenden diejenige Session, welche nach der prätorisch zu berechnenden Reisezeit stattfand; im Justinianischen Recht hingegen war zwischen Ladung und Erscheinen eine Frist von zehn Tagen eingeschoben. Von dieser soll jetzt die Rede sein.

4. § 26. Der libellus conventionis und die zehntägige Bedenkfrist.

In Novelle 53 Cap. 3 berichtet Justinian, dass schon seit alter Zeit (*τῆς παλαιότητος βουλομένης*) der Beklagte bei der Ladung einen Klaglibell empfange und dann zehn Tage Bedenkzeit habe, um die Sache zu prüfen und vielleicht den Klageanspruch anzuerkennen oder sich zu vergleichen; nach dem Ablauf der zehn Tage muss er den Antibiblos unterschreiben und die cautio iudicio sisti leisten. Justinian berichtet weiter von Missbräuchen, welche sich die die Ladung vollziehenden Exsecutoren zu seiner Zeit schuldig machen [1]), und er erneut deshalb das bisherige Recht, jedoch mit der Abänderung, dass die dem Beklagten zustehende Bedenkfrist zwanzig Tage betragen solle.

Hier werden Klaglibell und zehntägige Bedenkfrist auf eine alte Zeit (*ἀρχαιότης*, *παλαιότης*) zurückgeführt [2]), und es entsteht die Frage, welch eine Zeit darunter zu verstehen sei.

Legen wir zunächst als Massstab die Ergebnisse unserer bisherigen Untersuchungen an, so haben wir

---

[1]) Ich übergehe dieselben, weil sie für unsere Materie nicht von Bedeutung sind.

[2]) In l. 3 C. J. de ann. exc. 7, 40 gedenkt Justinian der fehlerhaften Anfertigung des libellus conventionis und einer sich daran knüpfenden Streitfrage apud veteres. Unter diesen veteres verstehe ich die classischen Juristen, denn jedenfalls kommt seit Marc Aurel der Libell bei der denunt. ex auctoritate vor, und es konnte bei diesem die Controverse entstehen, von welcher Justinian handelt. Man darf also aus l. 3 C. cit. nicht herauslesen, dass die Klage in classischer Zeit mit einem Libell eingeleitet werden musste.

Beides, Klaglibell und eine zehntägige Frist (wenn auch nicht eine Bedenkfrist, so doch eine zehntägige Erscheinungsfrist) im Contumacialprocess gefunden, nicht aber im contradictorischen. Im Contumacialprocess musste der Kläger, wenn die denunt. suo nomine sich als fruchtlos erwiesen hatte, und er um die auctoritas für die denunt. ex auctoritate nachsuchte, dem Gericht einen genau substantiirten Klaglibell überreichen; hierauf sollte der Beklagte in der nächsten sessio pro tribunali erscheinen, allein da der Kläger erst nach zehn Tagen die zweite denunt. ex auctoritate beantragen konnte, so war es so gut, als wenn dem Beklagten nach der Mittheilung der ersten denunt. ex auctoritate eine zehntägige Bedenkfrist zugestanden hätte; der Beklagte brauchte erst innerhalb zehn Tagen nach dem gesetzlichen ersten Verhandlungstermine zu erscheinen. Hingegen im contradictorischen Denuntiationsprocess fanden wir weder Klaglibell noch zehntägige Bedenkfrist; die Klage wurde neben der denunt. suo nomine durch eine *formlose* (schriftliche, mündliche) Klageanmeldung eingeleitet, und der Beklagte musste in der nächsten sessio pro tribunali erscheinen; zwar schadete es nichts, wenn er sich später stellte und inzwischen das klägerische Recht keinen Abbruch erlitten hatte (S. 36), allein der Kläger brauchte auf diese spätere Gestellung des Beklagten nicht zu warten, er konnte sofort in der nächsten Sitzung pro tribunali, wenn der Beklagte ausgeblieben war, die auctoritas für die denunt. ex auctoritate beantragen.

Justinian aber handelt in Nov. 53 cap. 3 nicht von dem Contumacialprocess, sondern von dem contradictorischen, und schreibt also dem letzteren schon von Alters her den Klaglibell und die zehntägige Bedenkzeit zu. Nach unseren Untersuchungen dürfen wir

demnach unter der alten Zeit, deren Justinian gedenkt, nicht die der classischen Juristen verstehen.

Es ist ein Argument vorhanden, welches uns zwingt in eine viel spätere Zeit hinunterzugehen. Das Syrisch-Römische Rechtsbuch (nach unseren Untersuchungen kurz vor 450), welches nicht den Contumacialprocess, sondern bloss den contradictorischen behandelt, kennt weder den Klaglibell noch die zehntägige Frist, und es musste derselben gedenken, wenn sie zu seiner Zeit existirt hätten, da es die Processeinleitungsform genau behandelt.

Wenn nun Justinian im Jahre 537 von einer alten Zeit spricht, so ist es hiernach geboten, darunter die Zeit unmittelbar nach der Zusammenstellung des Syrisch-Römischen Rechtsbuchs zu verstehen. Dann aber drängt sich mir unwillkürlich folgende Hypothese auf:

Kurze Zeit nach der Entstehung des Syrisch-Römischen Rechtsbuchs fällt die Einführung der richterlichen Ladung; jede Ladung wird nunmehr dem Richter nicht bloss zu dem Zweck vorgelegt, dass er die Auctoritas ertheile, sondern dazu, dass er sie durch seine Exsecutoren vollziehen lasse. So übertrug man denn auf die richterliche Ladung die Requisite der bisherigen denunt. ex auctoritate, nämlich den Klaglibell und die zehntägige Erscheinungsfrist, die bald als eine Bedenkfrist erschien.

Es ist eine Hypothese, welche manchem Leser vielleicht deshalb Bedenken erregen wird, weil er meint, dass Justinian im Jahre 537 die Zeit um 450 nicht gut als *ἀρχαιότης*, *παλαιότης* bezeichnen konnte. Deshalb will ich noch eine Modification der Hypothese vorbringen. Wir erinnern uns, dass in den von dem Denuntiationsprocess ausgenommenen Sachen nach der Ansicht Bethmann-Hollwegs, die ich mit etwelchen Argumenten zu stützen versuchte, die conventio per

exsecutorem ihren Anfang nahm [1]); diese ausgenommenen Sachen reichen in das letzte Drittel des vierten Jahrhunderts zurück, sie beginnen mit dem Jahre 371, und ich meine, dass das Jahr 371 füglich von Justinian als alte Zeit bezeichnet werden konnte.

Ich will noch einen Schritt weitergehen. In der oben S. 125 erwähnten Urkunde aus Thamuga, die aus den Jahren 361—363 stammt, wird von dem Honorar berichtet, welches der scholasticus (der Anwalt) und der exceptor (der Schreiber) für die postulatio simplex und die contradictio bekommen sollen; es wird auch die Anzahl der Bogen angegeben, welche bei der postulatio simplex und der contradictio verwendet werden dürfen:

> Scolastici in postulatione simplici quincue modios trittici vel quinque modiorum praetia consequentur, in contradictione decem modios tritici vel decem modiorum praetium consequantur; in urguenti qui finienda sit quindeci modios vel quindeci modiorum praetia consequantur; exceptores in postulatione quinque modios tritici vel quinque modiorum praetium consequantur; in contradictione duodeci modios tritici vel duodeci modiorum praetium consequantur . . .
>
> Carta in postulatione singuliiurni (Mommsen conjicirt: simplici singulare) sufficiunt maiores, in contradictione quaternos maiores . . .

Nun ist die postulatio simplex der mit der denunt. suo nomine verbundene gerichtliche Act, ich habe schon früher S. 14. 15 ausgeführt, dass derselbe schriftlich an-

[1]) Diese ausgenommenen Sachen behandelt das Syrisch-Römische Rechtsbuch nicht, wie sein Verfasser ausdrücklich hervorhebt, und daher wird dort auch bezüglich der ausgenommenen Sachen nicht von Libell und Bedenkfrist gehandelt.

gebracht werden konnte, dass aber das formlose Anbringen zulässig war. Unsere Urkunde beweist nun keineswegs, dass jener Act 361—363 von einem Anwalt abgefasst werden musste, sondern dass dies (selten? häufig?) geschah, so dass die Gesetzgebung das Honorar des Anwalts und des Schreibers sowie den Umfang des Papiers festsetzte [1]). Jeder Zweifel hierüber verschwindet, wenn man bedenkt, dass die gleiche Festsetzung für die contradictio erfolgte [2]); von der Nothwendigkeit einer schriftlichen Klagebeantwortung weiss ja selbst Justinian in Nov. 53 c. 4 nichts, es mag vielleicht in wichtigen Sachen vorgekommen sein, dass der Beklagte bei der Ausstellung der cautio iudicio sisti resp. bei der Unterschrift unter den Antibiblos (durch welche er seine contradictio erklärte) seine Defensionen hinzufügte resp. sich dieselben von einem Scolasticus ausarbeiten und von einem Exceptor abschreiben liess.

---

1) Dass dieses Honorar von dem Honorar des im Process auftretenden, in den mündlichen Verhandlungen thätigen Anwalts zu trennen ist, liegt auf der Hand; das letztere kann bis 100 Aurei aufsteigen; l. 1 § 12 D. de extr. cogn. 50, 13; vgl. auch Pernice in der Savigny-Zschr. f. Rechtsg. 20, 136.

2) Pernice a. a. O. S. 134 identificirt mit unserer contradictio die contradictorii libelli in l. un. C. Th. de his qui pot. 2, 14. Allein hier liegt eine Verwechslung vor; es heisst dort: contradictoriis libellis aut titulis; die libelli und tituli sind identisch, und bedeuten Aufschriften, welche an Häusern und Grundstücken (auf Tafeln u. dgl.) angebracht und worin die Namen der Eigenthümer eingegraben wurden. Diese Erklärung findet sich schon bei Gothofred; dass libellus auch tabula bedeutet, hat Raevardus, pro trib. cap. 3 durch Citate erwiesen. Es wurde damit viel Missbrauch getrieben; ein mit der rei vindicatio Belangter heftete seinem Hause, um als Nichtbesitzer zu gelten, den Titel eines Potentior an; er ist der contradictorius libellus seu titulus; das wird bei Strafe verboten.

Hiermit will ich also das Zugeständniss machen, dass die Schrift, wiewohl bei der denunt. suo nomine nicht vorgeschrieben, doch vorkam, vielleicht sogar in Uebung war. Jedenfalls bleibe ich dabei, dass das bei der denunt. suo nomine gebrauchte Schriftstück völlig verschieden war von dem bei der denunt. ex auctoritate vorgeschriebenen; es verhielt sich zu demselben wie die heutige Klaganmeldung zur Klage. Hier aber tritt mir Wieding entgegen, dessen Werk über den Justinianischen Libellprocess gerade auf dem Gedanken aufgerichtet ist, dass der Libellprocess eine alte Römische Einrichtung, und dass namentlich bei beiden Denuntiationen derselbe Libell verwendet werde.

Die Wiedingsche Behauptung, dass der Libell auch im Formularprocess vorgekommen sei, dass der Libell auch in den im Formularprocess verhandelten Sachen zum Zweck der editio actionis gebraucht und hierauf in die Formel inserirt worden sei [1]), lasse ich bei Seite. Ich glaube nicht, dass diese Behauptung sich irgend welchen Anhänger verschafft hat. Der Libell wird in Vat. fr. 210 ausdrücklich auf Marc Aurel zurückgeführt, und wer sich der genauen Substantiirung des Libells erinnert (oben S. 17) und sie mit der Formel vergleicht, wie wir sie aus Gaius kennen, wird nimmermehr zugeben, dass der Libell auf die Formel von Einfluss gewesen sei. Meines Erachtens schliesst das Verfahren mit Libell das mit Formel aus; der Libell kommt nur im Denuntiationsprocess vor, und dieser ist, wie ich in § 5 gezeigt, stets im Verfahren ohne Geschworenen, also ohne Formel.

Das Wesentliche der Ansicht von Wieding scheint mir folgendermassen gefasst werden zu müssen [2]):

---

[1]) Libellpr. S. 207. 390. 623.

[2]) S. hierüber Libellpr. §§ 14. 28.

Er behauptet, dass der Libell nicht bloss bei der denunt. ex auctoritate sondern auch bei derjenigen suo nomine „requirirt“ wurde [1]. Zwar giebt er einen Augenblick zu, dass der Kläger bei der denunt. suo nomine „keine absolute Verpflichtung zur libelli datio hat“ [2], allein das ganze Verfahren war danach angelegt, dass schon bei der Denunt. suo nomine ein Libell in Anwendung kam. Ja, dieser letztere war der eigentliche Originallibell, er wurde mit dem Zeugnis über die Denuntiation versehen, und er wurde hierauf dem Prätor vorgelegt, um beim Ausbleiben des Beklagten die Auctoritas zur denunt. ex auctoritate zu erbitten [3], er befand sich also unter den vier resp. fünf Libellexemplaren, welche nach fr. Vat. 167 bei der Erbittung der Auctoritas dem Praetor überreicht werden mussten. Er enthielt die actio edita, und zwar nimmt Wieding eine doppelte editio actionis an: sowohl bei der denunt. suo nomine als bei derjenigen ex auctoritate; da nun

[1] Aehnlich Pernice in der Savignyzschr. f. Rechtsg. 20, 133, wenn er auch das Wort Libell nicht braucht; er verlangt für die postulatio simplex einen ins Einzelne eingehenden von einem Anwalt anzufertigenden Schriftsatz; er schliesst dies aus der oben S. 230 abgedruckten Inschrift, nach welcher scholastici für die postulatio simplex bezahlt werden. Allein hieraus folgt bloss, dass der Kläger die postulatio simplex von einem Anwalt anfertigen lassen kann, nicht aber, dass er dies thun muss.

[2] Libellpr. S. 605. 606.

[3] Es sei bemerkt, dass noch nach dem ed. Theod. c. 145 dies nicht nöthig war, denn es bestimmt, dass die Zustellung der drei Denuntiationen ex auctoritate entweder durch die Unterschrift des Beklagten unter die cautio iudicio sisti oder durch Zeugen bewiesen werden könne: dummodo tertio quemlibet capillatorum fuisse conventum aut cautionis ab eodem emissae fides ostendat, aut ingenuorum vel honestorum testium dicta confirment, quibus mani feste clareat, auctoritate pulsatum contemsisse dare responsum nec voluisse ad iudicium venire.

aber bei beiden Denuntiationen die Edition dieselbe sein muss, so müsse auch der Libell bei beiden identisch sein. So glaubt Wieding aus äusseren und inneren Gründen nachgewiesen zu haben, dass der Libell schon bei der denunt. suo nomine in Anwendung kommt, und so nennt er den ganzen Process (nicht bloss den Justinianischen, wie man nach dem Titel seines Buches vermuthen möchte) einen Libellprocess [1]).

Ich selbst habe oben S. 14. 15. 17 gezeigt, dass die denuntatio suo nomine formlos ist, dass also demgemäss ein Schriftstück vorkommen kann. Ich habe aber gleichzeitig nachgewiesen, dass dieses Schriftstück in seinem Inhalt von dem Libell völlig abwich, es verhält sich zu demselben ungefähr wie die moderne Klageanmeldung zur Klage, es war eine allgemein gehaltene Angabe des Klagegrundes nebst dem Klageobject, während der Libell eine genaue Substantiirung der Klage enthielt. Beide Schriftstücke einander gleichzustellen, zu behaupten, dass unter den dem Praetor bei Erbittung der Auctoritas zu überreichenden Exemplaren des Libells auch der bei der denunt. suo nomine gebrauchte „Libell" sich befunden habe: das ist nach meiner Ausführung unmöglich; auch wird es nirgends in den Vaticanischen Fragmenten gesagt, es ist eine in keiner Weise motivirte Hypothese Wiedings.

Dazu kommt noch ein Fehler von Wieding. Unzweifelhaft war die denunt. suo nomine zugleich eine

---

[1]) Libellpr. S. 386. 620. Ja, Wieding könnte auf Grund seiner Ausführungen auch den Formularprocess so nennen, und wenn er dies nicht thut, so hat dies darin seinen Grund, dass „so lange die Formeln existirten, beim Verfahren unter Anwesenden nicht der Libell sondern die Formel die Grundlage der Verhandlungen in iudicio bildete, und der Libell nur für Verhandlungen in iure eine unmittelbare Wichtigkeit besitzen konnte". S. 623 a. a. O.

editio actionis, sie war dies sowohl in ihrem gerichtlichen Theile [1]) wie in ihrer Mittheilung an den Beklagten, und daher heisst es in der berühmten l. 1 C. J. de litis cont. 3, 9:

> Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita . . . .

Die postulatio simplex celebrata ist der gerichtliche Theil der denunt. suo nomine [2]), der Kläger meldet die Klage beim Praetor an, die actionis species ante iudicium reo cognita geht auf die dem Beklagten geschehene Mittheilung, er erfährt hierbei die angemeldete Klage. Wieding aber sieht in der denunt. ex auctoritate eine zweite editio actionis [3]), und gelangt von hier aus zu der Annahme, dass, da beide Editionen von demselben Inhalt gewesen sein müssen, beide Denuntiationen denselben Libell gehabt haben werden. Ich sehe davon ab, dass schon der Schluss kein nothwendiger ist, umsomehr frage ich nach dem Beweise für die Behauptung, dass auch die denunt. ex auctoritate als editio actionis fungirt habe? Es passt auf sie weder der Zweck noch die Form der editio actionis, welche wir anderweitig (aus l. 1 pr. § 1 D de edendo 2, 12) kennen. Nicht der Zweck: denn der Beklagte weiss ja schon aus der mit der ersten Denuntiation

---

[1]) Nur dass hier die Edition nicht an den Beklagten, sondern beim Magistrat geschah.

[2]) Sie ist also nicht der der denunt. ex auctoritate vorhergehende Antrag (wie Wieding Libellpr. S. 335 ff. meint), noch auch ein innerhalb der viermonatlichen Frist zu stellender Antrag des Klägers auf Eröffnung des Verfahrens (wie Pernice in der Savignyzschr. f. Rechtsg. 20, 133 behauptet).

[3]) Ueberhaupt spricht er von doppelter Edition, von aussergerichtlicher und gerichtlicher, und er nennt die letztere die definitiv entscheidende (Libellpr. S. 602).



verbundenen editio actionis, utrum cedere an contendere ultra debeat, und wenn er zu streiten entschlossen ist, so ist er schon durch die erste denuntiatio instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur. Aber auch nicht die Form: denn diese besteht in copiam describendi facere, vel in libello complecti et dare, vel dictare d. h. der Edent hat die Wahl zwischen mündlicher und schriftlicher Form, und diese letztere kann wieder verschieden sein; bei der denunt. ex auctoritate hingegen ist der Libell immer vorgeschrieben.

Hiernach kann ich nicht einräumen, dass eine zweifache Klagedition stattgefunden, und dass deshalb bei beiden Denuntiationen dasselbe Schriftstück in Anwendung gekommen sei. Vielmehr war bloss die denunt. suo nomine die editio actionis; erwies sich diese als fruchtlos, und sollte nunmehr ex auctoritate denuntiirt werden, so war es angemessen, dem Beklagten nicht bloss mit einer allgemeinen Klageangabe entgegenzutreten, sondern mit bestimmten thatsächlichen Behauptungen, mit einer (modern gesprochen) genau substantiirten Klage; das ist der Sinn des Libells.

Demgemäss kann man den contumacialen Denuntiationsprocess als Libellprocess bezeichnen, denn bei ihm bildet der Libell die Grundlage des Verfahrens, der Libell bestimmt vor Allem die res in iudicium deducta. Allein der contradictorische Process ermangelt, wenigstens wenn der Beklagte auf die den. suo nomine erscheint und es nicht zur denunt. ex auctoritate kommen lässt, des Libells.

Der Justinianische Process freilich ist durchweg Libellprocess.

VII. § 27. Verhältniss des Contumacialurtheils zur missio in bona absentis.

Es ist das Verdienst Hartmann's [1]), das Gebiet des Contumacialurtheils von demjenigen der missio in bona abgegrenzt zu haben. „Es gab (schreibt er S. 159) schon frühzeitig zum Behufe der Einleitung des Processes neben der privaten Vocation auch eine obrigkeitliche, und diese letztere Art der Klageerhebung ist es, an welche sich der Contumacialprocess vorzugsweise anschliesst."

Nur zweierlei habe ich an diesem Satze zu ändern. Einmal dass Hartmann das Contumacialurtheil für ebenso alt wie die obrigkeitliche Ladung hält; nach meinen Ausführungen reicht die denunt. ex auctoritate in die republikanische Zeit hinein, das Contumacialurtheil aber datirt erst von Marc Aurel. Sodann dass Hartmann das Contumacialurtheil „*vorzugsweise*" an die obrigkeitliche Ladung anlehnt, während ich es *ganz ausschliesslich* aus der dreifachen denunt. ex auctoritate resp. aus dem Peremtorium vorhergehen lasse. Dieser letztere Punkt bedarf einer Erörterung.

Hartmann behauptet nämlich [2]), dass das Contumacial-

---

[1]) Röm. Contumacialverf. § 18.

[2]) a. a. O. S. 171.

urtheil auch bei Latitatio und Vadimonium desertum habe extrahirt werden können, und dass es lediglich von der Gerichtsverfassung abgehangen habe, ob der Kläger auf missio in bona verwiesen war, oder ob er eine gerichtliche [1]) Ladung und ein Contumacialurtheil gegen den Latitirenden resp. den das Vadimonium Brechenden erlangen konnte. Den Beweis versucht Hartmann bezüglich der Latitatio zu führen [2]); er macht sich selbst den Einwand, dass der Latitant mit der gerichtlichen Ladung nicht bekannt gemacht werden konnte, das Contumacialurtheil aber diese Bekanntmachung zur nothwendigen Voraussetzung hat; allein er lässt diesen Einwand nicht gelten, „denn die Edicte des Prätor werden öffentlich proponirt; wer sich betrüglicher Weise versteckt und dadurch die Kenntnissnahme vereitelt, der handelt in fraudem legis, und wird ebenso angesehen werden dürfen, als wenn er sie wirklich kennen gelernt hätte“ (a. a. O. S. 171). Offenbar beruht diese Motivirung auf der Anschauung, dass die bei der denunt. ex auctoritate vorkommenden Edicte öffentlich ausgestellt gewesen seien und eine sog. Edictalcitation (im heutigen Sinne) enthalten haben, allein diese Auffassung ist von Wieding, wie ich schon früher bemerkte, widerlegt worden, die sog. Edictalcitation gehört nicht dem Römischen, sondern dem Canonischen Recht und der Romanistischen Doctrin an [3]); damit fällt die Motivirung Hartmanns dahin. Aber Hartmann beruft sich weiter auf mehrere Quellenzeugnisse, aus denen hervorgehen soll, dass „für die Erlassung und

[1]) Hartmann schreibt „öffentliche Ladung“, darauf komme ich im Texte bald zurück.

[2]) Vom vadimonium desertum bemerkt er, dass es mit der Latitatio auf gleicher Linie gestanden habe, a. a. O. S. 172.

[3]) Wetzell, Civilpr. S. 909 der 3. Aufl.

die Wirksamkeit der Edicte es einerlei gewesen sei, ob der Geladene im eigentlichen Sinne contumax ist, oder ob er latitirt, um sie nicht kennen zu lernen". Diese Quellenzeugnisse beziehen sich jedoch einerseits auf die durch Contumacialurtheil auszusprechende libertas fideicommissaria [1]), andererseits auf den durch Contumacialurtheil zu removirenden Tutor [2]). Nun ist von dem ersteren Contumacialurtheil bereits oben S. 104—106 ausgeführt worden, dass es lange vor Marc Aurel datirt, und dass es von dem durch Marc Aurel eingeführten Contumacialurtheil auch später getrennt gehalten worden ist, so dass es namentlich nicht der dreimaligen Ladung bedurfte. Was aber den latitirenden Vormund betrifft, so wird er removirt, nicht weil die Latitatio der Insinuation einer Ladung gleichsteht, sondern weil er suspect ist. Ueberdies ist es klar, dass die beiden Sachen, welche in Frage stehen (Freiheit, Vormundschaft), schleunige Sachen sind, deren aussergewöhnliche Behandlung nicht auffallen darf; daher ist denn auch Wetzell der Meinung, dass bloss in diesen schleunigen Sachen die Latitatio der Kundmachung einer Ladung gleichgesetzt worden ist [3]).

Einen entgegengesetzten Standpunkt nimmt Wieding ein. Ich habe schon mehrfach Gelegenheit gehabt zu bemerken, dass er die Denuntiation mit dem älteren Verfahren in Verbindung setzt; er meint, dass die Denuntiation (selbst die ex auctoritate) in Form der in ius vocatio habe erfolgen können, er nimmt den Libell auch im Formularverfahren an. So behauptet er denn

---

[1]) l. 26 § 7 l. 28 §§ 1. 5 D. de fideic. lib. 40, 5; l. 67 D. de iud. 5, 1.

[2]) l. 3 § 15 l. 7 § 3 D. de susp. tut. 26, 10; l. 2 § 10 D. ad sct. Tertull. 38, 17; l. 6 D. ubi pupillus educ. 27, 2.

[3]) Civilpr. S. 616 der 3. Aufl.

auch, dass die missio in bona propter absentiam eine Denuntiation vorausgesetzt habe, und zwar eine denuntiatio ex auctoritate ad domum [1]). Seine Beweisführung ist jedoch meines Erachtens leicht zu widerlegen.

Sein erstes Argument bildet die Berufung auf Ciceros Rede pro Quinctio; Cicero habe die von Naevius impretirte missio in bona Quinctii deshalb für nicht edictmässig erklärt, weil Naevius nicht vór der Impetration eine denunt. ex auctoritate ad domum Quinctii vorgenommen habe. Ich habe bereits S. 87 ff. ausgeführt, dass Cicero mit der Denuntiation keine Ladung (am allerwenigsten eine Ladung ex auctoritate) sondern eine Mittheilung an Frau, Kinder, Freunde des Quinctius meinte.

Das zweite Argument nimmt Wieding aus l. 4 § 5 D. de damno inf. 39, 2, nach welcher die missio ex secundo decreto eine denunt. ex auctoritate ad domum voraussetzt:

> dum ei qui aberit prius domum denuntiari iubeam.

Nun hat schon Hartmann [2]) bemerkt, dass dieses prätorische Edict sich bloss auf den Fall der verweigerten cautio damni infecti beziehe; das will freilich Wieding nicht gelten lassen; dass es aber richtig ist, folgt daraus, dass wir es ja nicht mit der ersten, sondern mit der zweiten Missio zu thun haben, welche nur bei verweigerter cautio damni infecti vorkommt.

Als drittes Argument endlich benutzt Wieding die l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19; es ist das Constantinische Gesetz, worin die laudatio auctoris eingeführt und unzweifelhaft eine Ladung des laudirten Auctor vorgeschrieben wird, allein diese Ladung führt ja nicht zu

---

[1]) Libellpr. S. 667 ff. 672.

[2]) Contumacialverf. S. 96 Note 16.

einer sofortigen Missio (wie aus der Wiedingschen Meinung sich ergeben müsste), sondern zu dem Contumacialverfahren mit mehrmaliger Ladung: edictis legitimis proponendis eum citare curabit[1]) . . . .

Das Hartmannsche Princip halte ich auch für das Justinianische Recht aufrecht und durchaus phantastisch scheint mir hiernach das Bild, welches Bethmann-Hollweg von dem Justinianischen Contumacialprocess gezeichnet hat[2]). Er verbindet nämlich die mehrfachen Ladungen mit der Missio und behauptet, in den von der missio in bona handelnden Edicts- und Pandectenstellen sei ein der Missio voraufgehendes Ladungs- und Contumacialverfahren in Justinians Sinne hinzuzudenken![3]) Seine Beweisführung ist ebenso dürftig wie nicht überzeugend. Er beruft sich auf l. 9 C. de bon. auct. iud. 7, 72, auf l. 6 § 4 C. de his qui ad eccl. 1, 2 und auf Nov. 53 c. 4 § 1. Nun ist l. 9 cit:

> Cum proponas eum contra quem supplicas ex administratione tibi negotiorum obligatum, hunc secundum iuris rationem adito rectore provinciae potes convenire; nam si ad circumscriptionem tui iuris latitat nec defendatur et eum tuum esse debitorem constat, ad exemplum edicti bonorum eius possessionem poteris impetrare, tempore

---

[1]) Daher führt auch Wetzell, Civilpr. S. 614 N. 27 die l. 2 C. cit. unter den Belegstellen für das Contumacialverfahren auf. Die Sache ist auf den ersten Blick nicht ganz klar, weil bei actiones in rem nicht bloss im Falle des Contumacialverfahrens sondern auch im Missionsfalle propter absentiam der Kläger bloss die Detention der eingeklagten Sache erhält; indess wird dieses Bedenken durch die im Text angeführten Worte gehoben, welche nur auf das Contumacialurtheil gedeutet werden können.

[2]) Civilpr. Bd. 3 S. 302 ff.

[3]) a. a. O. Note 19 auf S. 304.

> autem transacto etiam venditionem eorum a competenti iudice postulare non prohiberis (Dioclet. ao 299).

sicherlich interpolirt (— man lese namentlich den Schlusssatz —), allein von jener Verbindung des Ladungverfahrens und Contumacialurtheils mit der Missio ist mit keinem Worte die Rede; der Kläger wird, da es sich um einen Latitirenden handelt, d. h. da der Beklagte nicht geladen werden kann, auf das reine Missionsverfahren verwiesen; allerdings wird der Zusatz gemacht: si eum tuum esse debitorem constat, darin wird jedenfalls nicht die Nothwendigkeit eines voraufgehenden Contumacialurtheils ausgesprochen, sondern bloss die Aufforderung an den Supplicanten, seine Ansprüche genau zu prüfen, denn bei einer Geschäftsführung kommen bekanntlich oftmals ganz unvermuthete Gegenansprüche zur Sprache, es läuft der Geschäftsherr Gefahr, sich ohne Grund für einen Gläubiger anzusehen [1]), und er könne hinterher, wenn er das Vermögen des Schuldners verkauft, durch das praeiudicium an bona iure venierint [2]) in grosse Schadensersatzverpflichtungen verwickelt werden.

Die l. 6 §§ 4. 5 C cit. (von Leo a. d. J. 466) handelt nicht von der Missio gegen einen Contumax, sondern von seiner Auspfändung:

> post edictorum sollemnia sententia iudicantis usque ad modum debiti bonorum eius *sive praediorum traditio sive venditio* celebretur [3]).

Die Novelle 53 cap. 4 endlich behandelt einen Specialfall. Jemand ist als Beklagter geladen worden,

---

[1]) Zu constat ist also tibi zu ergänzen.

[2]) l. 30 D. de reb. auct. iud. 42, 5.

[3]) Es mag zugegeben werden, dass man die abgepfändete Sache, statt sie zu verkaufen, sofort dem Kläger addicirte; s. hierüber l. 13 § 3 i. f. C. de iud. 3, 1.

hat cautio iuratoria iudicio sisti geleistet, wird aber hierauf vor dem Termin flüchtig. Dann soll er verfolgt und mit Gewalt herbeigeschafft werden; unterdess soll der Richter eine Frist [1]) lang warten, innerhalb welcher der Flüchtige erscheinen kann, und dann soll nach einseitiger Verhandlung der Sache der Kläger eine verhältnissmässige missio in bona erhalten. Hier geht der Missio allerdings eine Ladung und Verhandlung voraus, allein schon Hartmann [2]) hat bemerkt, dass es sich hier um etwas Extraordinaires handelt, denn Justinian betont, der Beklagte sei eidbrüchig und habe sich durch seine Flucht selbst verurtheilt:

> *τὸν ἐναχθέντα ὡς καὶ ἐπίορκον καὶ σχεδὸν ἑαυτοῦ κατήγορον τῇ φυγῇ γενόμενον . . .*

Daher führt er etwas Besonderes ein; wäre die Caution mit Bürgen geleistet worden, so hätte sich der Kläger an diese halten können. Dass es etwas Besonderes und nicht das Contumacialverfahren ist, erhellt daraus, dass die Missio nicht erst nach dreimaliger Ladung, sondern schon nach der ersten ertheilt wird.

---

[1]) Justinian spricht nicht von einem Termin, an welchem der Flüchtige sich stellen soll, sondern von einer *προθεσμία ῥητή*, und *εἴσω ταύτης* kann sich der Flüchtige stellen; das stimmt zu meinen Ausführungen in § 25.

[2]) Contumacialverf. S. 114 f. Von den sonstigen Ausführungen Hartmanns über das cap. 4 Nov. 53 sehe ich völlig ab.



Druck von Leonhard Simion, Berlin SW.

